

БИБЛИОТЕКА АЛЕКСАНДРИНА
в здании быв. Исаакиевского собора

Bibliotheca Alexandrina



0169079

ملحق
مرع

لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

الجزء التاسع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحدود

الزنا حرام وهو من الكبائر العظام بدليل قول الله تعالى (ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً) وقال تعالى (والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاماً ، يصاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً) .

وروى عبد الله بن مسعود قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الذنوب أعظم ؟ قال : أن تجعل لله نداً وهو خالقك - قال قلت ثم أى ؟ قال - أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك - قال قلت ثم أى ؟ - قال أن تزني بحليلة جارك ، أخرجه البخارى ومسلم ، وكان حد الزانى فى صدر الإسلام الحبس للثيب والأذى بالكلام من التقرير والتوبىخ للبكر لقوله سبحانه (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل لهن سبيلاً . واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهم إن الله كان تواباً رحيماً) .

قال بعض أصحاب أهل العلم المراد بقوله (من نسائكم) الثيب لأن قوله من نسائكم إضافة زوجية كقوله (للذين يؤلون من نسائهم) ولا فائدة فى إضافته ههنا فعلمها إلا اعتبار الثيوبة ، ولأنه قد ذكر عقوبتين إحداهما أغلظ من الأخرى فكانت الأغلظ للثيب والأخرى للأبكار كالرجم والجلد ثم نسخ هذا بما روى عبادة بن الصامت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : خذوا عني خذوا عني ، قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم ، رواه مسلم وأبو داود : فإن قيل فكيف يفسخ القرآن بالسنة ؟ قلنا قد ذهب بعض أصحابنا إلى جوازه لأن الكل من عند الله وإن اختلفت طرقه ، ومن منع ذلك قال : ليس هذا نسخاً إنما هو تفسير للقرآن وتبيين له لأن النسخ رفع حكم ظاهره الاطلاق فأما ما كان مشروطاً بشرط وزال الشرط لا يكون نسخاً وههنا بشرط الله تعالى

حيثهم إلى أن يجعل لهم سيلاً فيبنت السنة السبيل فكان بياناً لا نسخاً ويمكن أن يقال إن نسخه حصل بالقرآن فإن الجلد في كتاب الله والرجم كان فيه ففسخ رسمه وبقي حكمه .

مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا زنى الحر المحصن أو الحرة المحصنة جلدا ورجما حتى يموتا في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله والرواية الأخرى يرجمان ولا يجلدان)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة . أحدها : في وجوب الرجم على الزاني المحصن رجلاً كان أو امرأة وهذا قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأئمة في جميع الأعصار ولا نعلم فيه مخالفاً إلا الخوارج فإنهم قالوا الجلد للبكر والثيب لقول الله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وقالوا لا يجوز ترك كتاب الله الثابت بطريق القطع واليقين لأن أخبار آحاد يجوز الكذب فيها ولأن هذا يفضي إلى نسخ الكتاب بالسنة وهو غير جائز .

ولنا : أنه قد ثبت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله وفعله في أخبار تشبه المتواتر وأجمع عليه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما سنده في أثناء الباب في مواضعه إن شاء الله تعالى وقد أنزله الله تعالى في كتابه وإنما نسخ رسمه دون حكمه فروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال إن الله تعالى بعث محمداً صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأتها وعقلتها ووعيتها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل ما نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله تعالى قال رجم حق على من زنا إذا أحض من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف وقد قرأ بها (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم) متفق عليه ، وأما آية الجلد فنقول بها فإن الزاني يجب جلده فإن كان ثيباً رجم مع الجلد والآية لم تتعرض لنفيه وإلى هذا أشار على رضي الله عنه حين جلد شراحة ثم رجمها وقال جلدها بكتاب الله تعالى ثم رجمتها بسنة

بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لو قلنا إن الثيب لا يجلد لكان هذا تخصيصاً بالآية العامة وهذا سائغ بغير خلاف فإن عمومات القرآن في الإثبات كلها مخصصة وقولهم إن هذا نسخ ليس بصحيح وإنما هو تخصيص ، ثم لو كان نسخاً لكان نسخاً بالآية التي ذكرها عمر رضي الله عنه وقد رويناه أن رسل الخوارج جاءوا عمر بن عبد العزيز رحمه الله فكان من جملة ما عابوا عليه الرجم وقالوا ليس في كتاب الله إلا الجلد وقالوا الحائض أوجبتم عليها قضاء الصوم دون الصلاة والصلاة أؤكد فقال لهم عمر وأتم لا تأخذون إلا بما في كتاب الله ؟ قالوا نعم قال فأخبروني عن عدد الصلوات المفروضات وعدد أركانها وركعاتها ومواقيتها أين تجدونه في كتاب الله تعالى ؟ وأخبروني عما تجب الزكاة فيه ومقاديرها ونصيبها ؟ فقالوا أنظرنا فرجعوا يومهم ذلك فلم يجدوا شيئاً مما سألهم عنه في القرآن فقالوا لم نجد في القرآن قال فكيف ذهبتم إليه ؟ قالوا لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعله وفعله المسلمون بعده فقال لهم فكذلك الرجم وقضاء الصوم فإن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ورجم خلفاؤه بعده والمسلمون وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقضاء الصوم دون الصلاة وفعل ذلك نساؤه ونساء أصحابه . إذا ثبت هذا فعني الرجم أن يرمى بالحجارة وغيرها حتى يقتل بذلك قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن المرجوم يدام عليه الرجم حتى يموت ولأن إطلاق الرجم يقتضي القتل به كقوله تعالى (لتكونن من المرجومين) وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهوديين اللذين زنيا وما عزا والغامدية حتى ماتوا .

(فصل) وإذا كان الزاني رجلاً أقيم قائماً ولم يوثق بشيء ولم يحفر له سواء ثبت الزنا ببيينة أو إقرار ، لا نعلم فيه خلافاً لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحفر لما عزر قال أبو سعيد لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز خرجنا به إلى البقيع فوالله ما حفرنا له ولا أوثقناه ولكنه قام لنا ، رواه أبو داود ولأن الحفر له ودفن بعضه عقوبة لم يرد بها الشرع في حقه فرجب أن لا تثبت وإن كان امرأة فظاهر كلام أحمد أنها لا يحفر لها أيضاً وهو الذي ذكره القاضي في الخلاف وذكر في المجرى أنه إن ثبت الحد بالإقرار لم يحفر لها وإن ثبت بالبيينة حفر لها إلى الصدر ، قال أبو الخطاب وهذا أصح عندي وهو قول أصحاب الشافعي لما روى أبو بكر وبريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم امرأة لحفر لها إلى التذوة رواه أبو داود ولأنه استر لها ولا حاجة إلى تمكينها

من الهرب لكون الحد ثبت بالبينة فلا يسقط بفعل من جهتها بخلاف الثابت بالإقرار فإنها تترك على حال لو أرادت الهرب تمكنت منه لأن رجوعها عن إقرارها مقبول .

ولنا : أن أكثر الأحاديث على ترك الحفر فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحفر للجهنية ولا لماعز ولا لليهوديين والحديث الذي احتجوا به غير معمول به ولا يقولون به فإن التي نقل عنه الحفر لها ثبت حدها بإقرارها ولا خلاف بيننا فيها فلا ينسوخ لهم الاحتجاج به مع مخالفتهم له . إذا ثبت هذا فإن ثياب المرأة تشد عليها كيلا تنكشف . وقد روى أبو داود بإسناده عن عمران بن حصين قال فامر النبي صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها ولأن ذلك أستر لها .

(فصل) والسنة أن يدور الناس حول المرجوم فإن كان الزنا ثبت ببينة فالسنة أن يبدأ الشهود بالرجم وإن كان ثبت بإقرار بدأ به الإمام أو الحاكم إن كان ثبت عنده ثم يرمي الناس بعده ، وروى سعيد بإسناده عن علي رضي الله عنه أنه قال : الرجم رجمان فما كان منه بإقرار فأول من يرمي الإمام ثم الناس وما كان ببينة فأول من يرمي البينة ثم الناس ولأن فعل ذلك أبعد لهم من التهمة في الكذب عليه فإن هرب منهم وكان الحد ثبت ببينة اتبعوه حتى يقتلوه ، وإن كان ثبت بإقرار تركوه لما روى أن ماعز بن مالك لما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقبه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع له بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال : هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟ ، رواه أبو داود ولأنه يحتمل الرجوع فيسقط عنه الحد فإن قتله قاتل في هربه فلا شيء عليه لحديث ابن أنيس حين قتل ماعزا ولأنه قد ثبت زناه بإقراره فلا يزول ذلك باحتمال الرجوع وإن لم يقتل وأتى به الإمام فكان مقبيا على اعترافه رجمه وإن رجع عنه تركه .

الفصل الثاني : أنه يجلد ثم يرمي في إحدى الروايتين فعل ذلك على رضي الله عنه وبه قال ابن عباس وأبي بن كعب وأبو ذر ذكر ذلك عبد العزيز عنهما واختاره به قال الحسن وإسحاق وداود وابن المنذر . والرواية الثانية : يرمي ولا يجلد روى عن عمر وعثمان أنهما رجما ولم يجلدا ، وروى عن ابن مسعود أنه قال : إذا اجتمع حدان لله تعالى فيهما القتل أحاط القتل بذلك ، وبهذا قال النخعي والزهري والأوزاعي

ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي واختار هذا أنو إسحاق الجوزجاني وأبو بكر الأثرم ونصراه في سندهما لأن جابراً روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ولم يجلده ورجم الغامدية ولم يجلدها وقال : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ، متفق عليه ولم يأمره بجلدها . وكان هذا آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجب تقديمه وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يقول : في حديث عبادة أنه أول حد نزل وأن حديث ماعز بعده رجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يجلده وعمر رجم ولم يجلده ، ونقل عنه إسماعيل بن سعيد نحو هذا ولأنه حذفه قتل فلم يجتمع معه جلد كالردة ولأن الحدود إذا اجتمعت وفيها قتل سقط ما سواه فالحد أولى .

ووجه الرواية قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا عام ثم جاءت السنة بالرجم في حق الثيب والتغريب في حق البكر فوجب الجمع بينهما وإلى هذا أشار على رضي الله عنه بقوله : جلدها بكتاب الله ورجمها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد صرح النبي صلى الله عليه وسلم بقوله في حديث عبادة « والثيب بالثيب الجلد والرجم » ، وهذا الصريح الثابت بيقين لا يترك إلا بمثله ، والاحاديث الباقية ليست صريحة فإنه ذكر الرجم ولم يذكر الجلد فلا يعارض به الصريح بدليل أن التغريب يجب بذكره في هذا الحديث وليس بذكره في الآية ولأنه زان فيجلد كالبكر ولأنه قد شرع في حق البكر عقوبتان : الجلد والتغريب فيشرع في حق المحصن أيضاً عقوبتان : الجلد والرجم فيكون الرجم مكان التغريب فعلى هذه الرواية يبدأ بالجلد أولاً ثم يرجم فإن وإلى بينهما جاز لأن إتلافه مقصود فلا تضر الموالاة بينهما وإن جلده يوماً ورجمه في آخر جاز فإن علياً رضي الله عنه جلد شراحة يوم الخميس ثم رجمها يوم الجمعة ، ثم قال جلدها بكتاب الله تعالى ورجمها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

الفصل الثالث . أن الرجم لا يجب إلا على المحصن بإجماع أهل العلم وفي حديث عمر : إن الرجم حق على من زنا وقد أحصن وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث » ، ذكر منها « أو زنا بعد إحصان » ، وللإحصان شروط سبعة .

أحدهما : الوطء في القبل ولا خلاف في اشتراطه لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال . « الثيب بالثيب الجلد والرجم » ، والثيابة تحصل بالوطء في القبل فوجب اعتباره ولا خلاف في أن عقد النكاح الخالي عن الوطء لا يحصل به إحصان سواء حصلت فيه خنوه أو وطء فيما دون الفرج أو في الدبر أو لم يحصل شيء . من ذلك لأن هذا لا يصير به المرأة ثيباً ولا تخرج به عن حد الأبكار الذين حدم جلد مائة وتغريب عام بمقتضى الخبر ولا بد من أن يكون وطئاً حصل به تغييب الحشفة في الفرج لأن ذلك حد الوطء الذي يتعلق به أحكام الوطء .

الثاني : أن يكون في نكاح لأن النكاح يسمى إحصاناً بدليل قوله تعالى : (والمحصنات من النساء) يعني المتزوجات ولا خلاف بين أهل العلم في أن الزنا ووطء الشبهة لا يصير به الواطئ محصناً ولا نعلم خلافاً في أن النسرى لا يحصل به الإحصان لواحد منهما لكونه ليس بنكاح ولا ثبت فيه أحكامه .

الثالث : أن يكون النكاح صحيحاً وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور : يحصل الإحصان بالوطء في نكاح فاسد ، وحكى ذلك عن الليث والأوزاعي لأن الصحيح والفاسد سواء في أكثر الأحكام مثل وجوب المهر والعدة وتحريم الربيبة وأم المرأة ولحاق الولد فكذلك في الإحصان .

ولنا : أنه وطء في غير ملك فلم يحصل به الإحصان كوطء الشبهة ولا نسلم ثبوت ما ذكرناه من الأحكام وإنما ثبتت بالوطء فيه وهذه ثبتت في كل وطء وليست مختصة بالنكاح إلا أن النكاح هنا صار شبهة فصار الوطء فيه كوطء الشبهة سواء .

الرابع : الحرية وهي شرط في قول أهل العلم كلهم إلا أبا ثور قال : العبد والامة هما محصنان يرجان إذا زنياً إلا أن يكون إجماع يخالف ذلك . وحكى عن الأوزاعي في العبد تحته حرة هو محصن يرجم إذا زنا وإن كان تحته أمة لم يرجم وهذه أقوال تخالف النص والإجماع فإن الله تعالى قال (فإن أتيت بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) والرجم لا ينتصف وإيجابه كله يخالف النص مع مخالفة الإجماع المتعقد قبله إلا أن يكون إذا عتقا بعد الإصابة فهذا فيه اختلاف سنذكره

إن شاء الله تعالى وقد وافق الأوزاعي على أن العبد إذا وطئ الأئمة ثم عتق لم يصير محصناً وهو قول الجمهور ، وزاد فقال في المملوكين إذا أعتقا وهما متزوجان ثم وطئها الزوج لا يصيران محصنين بذلك الوطء وهو أيضاً قول شاذ خالف أهل العلم به فإن الوطء وجد منهما حال كمالهما فخصهما كالصبيين إذا بلغا . الشرط الخامس والسادس : البلوغ والعقل فلو وطئ وهو صبي أو مجنون ثم بلغ أو عقل لم يكن محصناً هذا قول أكثر أهل العلم ومذهب الشافعي . ومن أصحابه من قال يصير محصناً وكذلك العبد إذا وطئ في رقه ثم عتق يصير محصناً لأن هذا وطء يحصل به الإحلال للمطلق ثلاثاً فحصل به الإحصان كالموجود حال الكمال .

ولنا : قوله عليه السلام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم ، فاعتبر الثبوبة خاصة ولو كانت تحصل قبل ذلك لكان يجب عليه الرجم قبل بلوغه وعتقه وهو خلاف الإجماع ويفارق الإحصان الإحلال لأن اعتبار الوطء في حق المطلق يحتمل أن يكون عقوبة له بتجريمها عليه حتى يطأها غيره ولأن هذا مما تأباه الطباع ويشق على النفوس فاعتبره الشارع زجراً عن الطلاق ثلاثاً ، وهذا يستوى فيه العاقل والمجنون بخلاف الإحصان فإنه اعتبر لكمال النعمة في حقه فإن من كملت النعمة في حقه كانت جنايته أخش وأحق بزيادة العقوبة والنعمة في العاقل البالغ أكل والله أعلم .

الشرط السابع : أن يوجد المكال فيهما جميعاً حال الوطء فبطأ الرجل العاقل الحر امرأة عاقلة حرة وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ونحوه قول عطاء والحسن وابن سيرين والنخعي وقتادة والثوري وإسحاق قالوه في الرقيق ، وقال مالك : إذا كان أحدهما كاملاً صار محصناً إلا الصبي إذا وطئ الكبيرة لم يحصنها ونحوه عن الأوزاعي واختلف عن الشافعي فقيل له قولان أحدهما : كقولنا والثاني : أن الكامل يصير محصناً وهذا قول ابن المنذر لأنه حر بالغ عاقل وطئ في نكاح صحيح فطار محصناً كما لو كان الآخر مثله . وقال بعضهم : إنما القولان في الصبي دون العبد فإنه يصير محصناً قولاً واحداً إذا كان كاملاً .

ولنا : أنه وطئ لم يحصن به أحد المتواطئين فلم يحصن الآخر كالتسرى ولأنه

متى كان أحدهما ناقصاً لم يكمل الوطء فلا يحصل به الإحصان كما لو كانا غير كاملين وبهذا
فارق ما قاسوا عليه .

(فصل) ولا يشترط الإسلام في الإحصان وبهذا قال الزهري والشافعي ، فعلى
هذا يكون الذميان محصنين فإن تزوج المسلم ذمية فوطئها صار محصنين وعن أحمد
رواية أخرى أن الذمية لا تحصن المسلم . وقال عطاء والنخعي والشعبي ومجاهد والثوري
هو شرط في الإحصان فلا يكون الكافر محصناً ولا تحصن الذمية مسلماً لأن ابن عمر
روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أشرك بالله فليس بمحصن » ، ولأنه إحصان
من شرطه الحرية فكان الإسلام شرطاً فيه كإحصان القذف وقال مالك كقولهم إلا
أن الذمية تحصن المسلم بناء على أصله في أنه لا يعتبر السكال في الزوجين ، وينبغي أن
يكون ذلك قولاً للشافعي .

ولنا : ما روى مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال : « جاء اليهود إلى رسول الله
صلى الله عليه وسلم قد كروا له أن رجلاً منهم وامرأة زنيا وذكر الحديث فأمر بهما
رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما ، متفق عليه ولأن الجناية بالزنا استوت من المسلم
والذمي فيجب أن يستويا في الحد ، وحديثهم لم يصح ولا نعرفه في مسند وقيل هو
موقوف على ابن عمر ثم يتعين حمله على إحصان القذف جمعاً بين الحديثين فإن راويهما
واحد وحديثنا صريح في الرجم فيتعين حمل خبرهم على الإحصان الآخر .

فإن قالوا : إنما رجم النبي صلى الله عليه وسلم اليهوديين بحكم التوراة بدليل
أنه راجعها فلما تبين له أن ذلك حكم الله عليهم أقامه فيهم وفيها أنزل الله تعالى
(إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا) قلنا
إنما حكم عليهم بما أنزل الله إليه بدليل قوله تعالى (فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع
أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا) ولأنه لا يسوغ
للنبي صلى الله عليه وسلم الحكم بغير شريعته لو ساغ ذلك لساغ لغيره ، وإنما راجع
التوراة لتعريفهم أن حكم التوراه موافق لما يحكم به عليهم وأنهم تاركون لشريعتهم
مخالفون لحكمهم . ثم هذا حجة لنا فإن حكم الله في وجوب الرجم إن كان ثابتاً في
حقوقهم يجب أن يحكم به عليهم ، فقد ثبت وجود الإحصان فيهم فإنه لا معنى له سوى
وجوب الرجم على من زنى منهم بعد وجود شروط الإحصان منه وإن منعوا ثبوت

الحكم في حقهم فلم حكم به النبي صلى الله عليه وسلم ؟ ولا يصح القياس على إحصان القذف لأن من شرطه العفة وليست شرطاً ههنا .

(فصل) ولو ارتد المحصن لم يبطل إحصانه فلو أسلم بعد ذلك كان محصناً : وقال أبو حنيفة رضي الله عنه يبطل لأن الإسلام عنده شرط في الإحصان وقد بينا أنه بشرط ثم هذا داخل في عموم قوله عليه السلام « أو زنا بعد إحصان » ولأنه زنا بعد الإحصان فكان حده الرجم كالذي لم يرتد . فأما إن نقض الذي العهد ولحق بدار الحرب بعد إحصانه فسي واسترق ثم أعتق احتمل أن لا يبطل إحصانه لأنه زنى بعد إحصانه فأشبهه من ارتد . واحتمل أن يبطل لأنه بطل بكونه رقيقاً فلا يعود إلا بسبب جديد بخلاف من ارتد .

(فصل) وإذا زنى وله زوجة له منها ولد فقال ما وطئها لم يرمم وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يرمم لأن الولد لا يكون إلا من وطئ فقد حكم بالوطء ضرورة الحكم بالولد .

ولنا : أن الولد يلحق بإمكان الوطء واحتماله ، والإحصان لا يثبت إلا بحقيقة الوطء فلا يلزم من ثبوت ما يكتفى فيه بالإمكان وجود ما تعتبر فيه الحقيقة وهو أحق الناس بهذا فإنه قال لو تزوج امرأة في مجلس الحكم ثم طلقها فيه فأتت بولد لحقه مع العلم بأنه لم يطأها في الزوجية فكيف يحكم بحقيقة الوطء مع تحقق انتفائه وهكذا لو كان لامرأة ولد من زوج فأنكرت أن يكون وطئها لم يثبت إحصانها لذلك .

(فصل) ولو شهدت بيعة الإحصان أنه دخل بزوجه فقال أصحابنا يثبت الإحصان به لأن المفهوم من لفظ الدخول كالمفهوم من لفظ الجامعة . وقال محمد ابن الحسن لا يكتفى به حتى تقول جامعها أو باضعها أو نحوه لأن الدخول يطلق على الخلوة بها ولهذا تثبت بها أحكامه وهذا أصح القولين إن شاء الله تعالى . فأما إذا قالت جامعها أو باضعها فلا نعلم خلافاً في ثبوت الإحصان وهكذا ينبغي إذا قالت وطئها فإن قالت باشرها أو مسها أو أصابها أو أتاها فينبغي أن لا يثبت به الإحصان لأن هذا يستعمل فيما دون الجماع في الفرج كثيراً فلا يثبت به الإحصان الذي يندرى بالاحتمال .

(فصل) وإذا جلد الزاني على أنه بكر ثم بان محصناً رجم لما روى جابر ، وأن رجلاً زنى بامرأة فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لجلد الحد ثم أخبر أنه محصن فرجم ، رواه أبو داود . ولأنه إن وجب الجمع بينهما فقد أتى ببعض الواجب فيجب إتمامه ، وإن لم يجب الجمع بينهما تبين أنه لم يأت بالحد الواجب فيجب أن يأتي به .

« مسألة ، قال (وينسلان ويكفنان ويصلى عليهما ويدفنان)

لا خلاف في تغسيلهما ودفنهما وأكثر أهل العلم يرون الصلاة عليهما . قال الإمام أحمد سئل على رضي الله عنه عن شراحه وكان رجها فقال اصنعوا بهما كما تصنعون بموتاكم وصلى على شراحه ، وقال مالك من قتله الإمام في حد لا نصلى عليه لأن جابراً قال في حديث ماعز فرجم حتى مات فقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيراً ولم يصل عليه . متفق عليه .

ولنا : ما روى أبو داود بإسناده عن عمران بن حصين حديث الجهنية فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فرجمت ثم أمرهم فصلوا عليها فقال عمر يا رسول الله أتصلى عليها وقد زنت ؟ فقال « والذي نفسي بيد ، لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لو سعتهم وهل وجدت أفضل من أجادت بنفسها ؟ » ، ورواه الترمذي وفيه فرجت وصلى عليها وقال حديث حسن صحيح . وقال النبي صلى الله عليه وسلم « صلوا على من قال لا إله إلا الله ، ولأنه مسلم لو مات قبل الحد صلى عليه فيصلى عليه بعده كالسارق وأما خبر ماعز فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحضره أو اشتغل عنه بأمر أو غير ذلك فلا يعارض ما روينا .

« مسألة ، قال (وإذا زنى الحر البكر جلد مائة وغرب عاماً) .

يعني لم يحصن وإن كان ثيباً وقد ذكرنا الإحصان وشروطه ، ولا خلاف في وجوب الجلد على الزاني إذا لم يكن محصناً وقد جاء بيان ذلك في كتاب الله تعالى بقوله سبحانه (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وجاءت الأحاديث عن النبي صلى الله عليه وسلم موافقة لما جاء به الكتاب ، ويجب مع الجلد تغريبه عاماً في قول جمهور العلماء . وروى ذلك عن الخلفاء الراشدين وبه قال أبي وأبو داود وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم وإليه ذهب عطاء وطاوس

والثوري وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، وقال مالك والأوزاعي بغرب الرجل دون المرأة لأن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة ولأنها لا تخلو من التغريب بمحرم أو بغير محرم لا يجوز التغريب بغير محرم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم » ولأن تغريبها بغير محرم إغراء لها بالفجور وتضييع لها ، وإن غربت بمحرم أفضى إلى تغريب من ليس بزنان ونفى من لا ذنب له وإن كانت أجرته ففي ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يرد الشرع به كما لو زاد ذلك على الرجل ، والخبر الخاص في التغريب إنما هو في حق الرجل وكذلك فعل الصحابة رضي الله عنهم ، والعام يجوز تخصيصه لأنه يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومه فإنه دل بمفهومه على أنه ليس على الزاني أكثر من العقوبة المذكورة فيه وإيجاب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك وفوات حكمته لأن الحد وجب زجراً عن الزنا وفي تغريبها إغراء به وتمكين منه مع أنه قد يخصص في حق الثيب بإسقاط الجلد في قول الأكثرين فتخصيصه هنا أولى ، وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن لا يجب التغريب لأن علياً رضي الله عنه قال : حسبهما من الفتنة أن ينفيا ، وعن ابن المسيب أن عمر غرب ربيعة ابن أمية ابن خلف في الخمر إلى خير فلاحق بهرقل فتنصر ، فقال عمر لا أغرب مسلماً بعدهما أبداً ، ولأن الله تعالى أمر بالجلد دون التغريب فأيجاب الغريب زيادة على النص .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وروى أبو هريرة وزيد بن خالد أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحدهما إن ابني كان عسيماً على هذا فزني بامراته وإنني افتديت منه بمائة شاة ووليدة . فسألت رجلاً من أهل العلم . فقالوا إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام والرجم على امرأة هذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم « والذي نفسي بيده لا أقضين بينكما بكتاب الله عز وجل على ابنك جلد مائة وتغريب عام وجاد ابنه مائة وغربه عاماً وأمر أنيساً الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر فإن اعترفت رجها فاعترفت فرجها ، متفق عليه ، وفي الحديث أنه قال : سألت رجلاً من أهل العلم فقالوا إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام ، وهذا يدل على أن هذا كان مشهوراً عندهم من حكم الله تعالى وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقد قيل إن الذي قال له

هذا هو أبو بكر وعمر رضي الله عنهما ، ولأن التغريب فعله الخلفاء الراشدون ولا نعرف لهم في الصحابة مخالفاً . فكان إجماعاً ولأن الخبر يدل على عقوبتين في حق الثيب وكذلك في حق البكر ، وما روي عن علي لا يثبت لضعف روايته وإرساله ، وقول عمر لا أغرب بعده مسلماً . فيحتمل أنه أراد تغريبه في الحضر الذي أصابت الفتنة ريعة فيه ، وقول مالك يخالف عموم الخبر والقياس لأن ما كان حداً في الرجل يكون حداً في المرأة كسائر الحدود ، وقول مالك فيما يقع لأصح الأقوال وأعد لها وعموم الخبر بخصوص بخبر النهي عن سفر المرأة بغير محرم ، والقياس على سائر الحدود لا يصح لأنه يستوى الرجل والمرأة في الضرر الحاصل بها بخلاف هذا الحد . ويمكن قلب هذا القياس بأنه حد فلا تزد فيه المرأة على ما على الرجل كسائر الحدود .

(فصل) ويغرب البكر الزاني حولا كاملاً فإن عاد قبل مضي الحول أعيد تغريبه حتى يكمل الحول مسافراً ويبني على ما مضى ، ويغرب الرجل إلى مسافة القصر لأن ما دونها في حكم الحضر بدليل أنه لا يثبت في حقه أحكام المسافرين . ولا يستباح شيئاً من رخصهم . فأما المرأة فإن خرج معها محرماً نفيت إلى مسافة القصر وإن لم يخرج معها محرماً فقد نقل عن أحمد أنها تغرب إلى مسافة القصر كالرجل وهذا مذهب الشافعي .

وروي عن أحمد : أنها تغرب إلى دون مسافة القصر لتقرب من أهلها فيحفظوها ويحتمل كلام أحمد أن لا يشترط في التغريب مسافة القصر فإنه قال في رواية الأثرم ينفي من عمله إلى عمل غيره . وقال أبو ثور وابن المنذر لو نفى إلى قرية أخرى بينهما ميل أو أقل جاز . وقال إسحاق بجوز أن ينفي من مصر إلى مصر ونحوه قال ابن أبي ليلى لأن النفي ورد مطلقاً غير مقيد فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم ، والقصر يسمى سفرأ ويجوز فيه التيمم والنافلة على الراحلة ولا يحبس في البلد الذي نفى إليه . وهذا قال الشافعي وقال مالك يحبس .

ولنا : أنه زيادة لم يرد بها الشرع فلا تشرع كالزيادة على العام .

(فصل) وإذا زنى الغريب غرب إلى بلد غير وطنه ، وإن زنى في البلد الذي غرب إليه غرب منه إلى غير البلد الذي غرب منه . لأن الأمر بالتغريب يتناوله حيث كان ولأنه قد أنس بالبلد الذي سكنه فيبعد عنه .

(فصل) ويخرج مع المرأة محرماً حتى يسكنها في موضع ثم إن شاء رجع إذا أمن عليها . وإن شاء أقام معها حتى يكمل حولها وإن أبي الخروج معها بذلت له الأجرة قال أصحابنا : وتبذل من مالها . لأن هذا من مؤنة سفرها . ويحتمل أن لا يجب ذلك عليها . لأن الواجب عليها التغرب بنفسها . فلم يلزمها زيادة عليه كالرجل ولأن هذا من مؤنة إقامة الحد فلم يلزمها كأجرة الجلاد ، فعلى هذا تبذل الأجرة من بيت المال وعلى قول أصحابنا : إن لم يكن لها مال بذات من بيت المال فإن أبي محرماً الخروج معها لم يجبر وإن لم يكن لها محرم غربت مع نساء ثقات . والقول في أجرة من يسافر معها من كالتقوله في أجرة المحرم فإن أعوز فقد قال أحمد : تبقى بغير محرم وهو قول الشافعي لأنه لا سبيل إلى تأخيره . فأشبهه سفر الهجرة والحج إذا مات محرماً في الطريق . ويحتمل أن يسقط النفي إذا لم يجد محرماً كما يسقط سفر الحج إذا لم يكن لها محرم فإن تنه بها إغراء لها بالهجوم وتعويض لها للفتنة وعموم الحديث مخصوص بعموم النهي عن سفرها بغير محرم .

(فصل) ويجب أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين لقول الله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) قال أصحابنا والطائفة واحد فافوقه وهذا قول ابن عباس ومجاهد والظاهر أنهم أرادوا واحداً مع الذي يقيم الحد لأن الذي يقيم الحد حاصل ضرورة فيتعين صرف الأمر إلى غيره . وقال عطاء وإسحاق اثنان فإن أراد به واحداً مع الذي يقيم الحد فهو مثل القول الأول . وإن أراد اثنين غيره فوجه أن الطائفة اسم لما راد على الواحد وأقله اثنان . وقال الزهري ثلاثة لأن الطائفة جماعة وأقل الجمع ثلاثة وقال مالك أربعة لأنه العدد الذي يثبت به الزنا وللشافعي قولان كقول الزهري ومالك . وقال ربيعة خمسة . وقال الحسن عشرة . وقال قتادة نفر واحتج أصحابنا بقول ابن عباس ولأن اسم الطائفة يقع على الواحد بدليل قول الله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا) ثم قال (فأصلحوا بين أخويكم) وقيل في قوله تعالى (إن نكف عن طائفة منكم نكذب طائفة) أنه محش بن حمير وحده . ولا يجب أن يحضر الإمام ولا الشهود وبهذا قال الشافعي وابن المنذر . وقال أبو حنيفة إن ثبت الحد بينة فعليها الحضور والبداءة بالرجم . وإن ثبت باعتراف وجب على الإمام الحضور والبداءة بالرجم . لما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : الرجم رجمان . فما كان منه بإقرار فأول من يرمي الإمام ثم الناس

وما كان بينة فأول من يرمي البينة ثم الناس . رواه سعيد بإسناده . ولأنه إذا لم يحضر البينة ولا الإمام كان ذلك شبهة والحد يسقط بالشبهات .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بجرم ماعز والغامدية ولم يحضرهما . والحد ثبت باعترافهما وقال : يا أنيس اذهب إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، ولم يحضرهما ، ولأنه حد قلم يلزم أن يحضره الإمام ولا البينة كسائر الحدود ولأنسلم أن تخلفهم عن الحضور ولا امتناعهم من البداءة بالجرم شبهة . وأما قول علي رضي الله عنه . فهو على سبيل الاستحباب والفضيلة قال أحمد سنة الاعتراف أن يرمي الإمام ثم الناس . ولا نعلم خلافاً في استحباب ذلك والأصل فيه قول علي رضي الله عنه . وقد روى في حديث رواه أبو بكر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رجم امرأة فحفر لها إلى التندرة ثم رماها بحصاه مثل الحصاة ثم قال : ارموا واتقوا الوجه ، أخرجه أبو داود .

(فصل) ولا يقام الحد على حامل حتى تضع سواء كان الحمل من زنا أو غيره لا نعلم في هذا خلافاً . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الحامل لا ترحم حتى تضع . وقد روى بريدة : أن امرأة من بني غامد قالت يا رسول الله طهرني قال وما ذاك؟ قالت : إنها حبل من زنا قال : أنت؟ قالت : نعم فقال لها : ارجعي حتى تضعي ما في بطنك . قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت قال فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال : إذا لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من ترضعه . فقال رجل من الانصار فقال إلى إرضاعه يابني الله قال فرجمها ، رواه مسلم وأبو داود وروى أن امرأة زنت في أيام عمر رضي الله عنه . فهم عمر بجرمها وهي حامل فقال له معاذ إن كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على حملها فقال عجز النساء أن يلدن مثلك ولم يرحمها وعن علي مثله . ولأن في إقامة الحد عليها في حال حملها إتلافاً لمعصوم ولا سبيل إليه وسواء كان الحد رجماً أو غيره ، لأنه لا يؤمن تلف الولد من سراية الضرب والقطع وربما سرى إلى نفس المضروب والمقطوع فيفوت الولد بفواته فإذا وضعت الولد . فإن كان الحد رجماً لم ترحم حتى تسقيه اللبن لأن الولد لا يعيش إلا به ثم إن كان له من يرضعه أو تكفل أحد برضاعه رجمت ولا تركت

حتى تغطيه لما ذكرنا من حديث الغامدية . ولما روى أبو داود بإسناده عن بريدة
 « أن امرأة أنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت إني لجرت فوالله إني لحبلى فقال لها
 « إرجعي حتى تلدى ، فرجعت فلما ولدت أتته بالصبي فقال « ارجعي فارضيه
 حتى تغطيه ، فجاءت به وقد قطمته وفي يده شيء يأكله فأمر بالصبي فدفع إلى رجل من
 المسلمين فأمر بها فحفر لها وأمر بها فرجمت وأمر بها فصلى عليها ودفنت . وإن لم يظهر
 حملها لم يؤخر لاحتمال أن تكون حملت من الزنا لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم
 اليهودية والجهنية . ولم يسأل عن استبرائهما وقال لأنيس « اذهب إلى امرأة هذا فإن
 اعترفت فارجمها ، ولم يأمره بسؤالها عن استبرائها ورجم على شراطة ولم يستبرئها ،
 وإن ادعت الحمل قبل قولها كما قبل النبي صلى الله عليه وسلم قول الغامدية ، وإن كان
 الحد جلداً فإذا وضعت الولد وانقطع النفس وكانت قوية يؤمن تلفها أقيم عليها الحد
 وإن كانت في نفسها أو ضعيفة يخاف تلفها لم يقيم عليها الحد حتى تطهر وتقوى وهذا
 قول الشافعى وأبي حنيفة وذكر القاضى : أنه ظاهر كلام الخرقى وقال أبو بكر يقام
 عليها الحد في الحال بسوط يؤمن معه التلف فإن خيف عليها من السوط أقيم بالعشكول
 يعنى شراخ النخل وأطراف الثياب لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بضرب المريض
 الذى رنا فقال « خذوا له مائة شراخ فاضربوه بها ضربة واحدة » .

ولنا : ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال « إن أمة لرسول الله صلى الله عليه
 وسلم زنت فأمرنى أن أجدها فإذا هى حديثة عهد بنفاس فخشيت إن أنا جلدها أن
 أقتلها فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال . أحسنت ؟ « رواه والنسائى
 وأبو داود ، لفظه قال فأتيته فقال « يا على أفرغت ؟ » فقلت أتيتها ودمها يسيل فقال
 « دعها حتى ينقطع عنها الدم ثم أقم عليها الحد » ، وفي حديث أبى بكر أن المرأة انطلقت
 فولدت غلاماً فجاءت به النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها « انطلقى فتطهرى من الدم » ،
 رواه أبو داود ، ولأنه لو توالى عليه حدان فاستوفى أحدهما لم يستوف الثانى حتى يبرأ
 من الأول . ولأن فى تأخير إقامة الحد على الكمال من غير إتلاف فكان أولى .

(فصل) والمريض على ضربين . أحدهما : يرجى برؤه فقال أصحابنا : يقام عليه
 ولا يؤخر كما قال أبو بكر فى النفساء . وهذا قول إسحاق وأبى ثور لأن عمر رضى الله
 عنه أقام الحد على قدامة بن مظعون فى مرضه ولم يؤخره وانتشر ذلك فى الصحابة فلم
 يشكروه فكان إجماعاً . ولأن الحد واجب فلا يؤخر ما أوجبه الله بغير حجة قال القاضى :

وظاهر قول الخرقى تأخيرهُ لقوله فيمن يجب عليه الحد : وهو صحيح عاقل وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لحديث علي رضي الله عنه في التي هي حديثه عهد بنفاس وما ذكرناه من المعنى ، وأما حديث عمر في جلد قدامة فإنه يحتمل أنه كان مرضاً خفيفاً لا يمنع من إقامة الحد على الكمال ولهذا لم ينقل عنه أنه خفف عنه في السوط وإنما اختار له سوطاً وسطاً كالذي يضرب به الصحيح ثم أن فعل النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل عمر مع أنه اختيار على وفعله وكذلك الحكم في تأخيرهُ لأجل الحر والبرد المفرط .

الضرب الثاني : المريض الذي لا يرجى برؤه . فهذا يقام عليه في الحال ولا يؤخر بسوطاً يؤمن معه التلف كالقضيبي الصغير وشمراخ النخل فإن خيف عليه من ذلك جمع ضغث فيه مائة شمراخ فضرب به ضربة واحدة وبهذا قال الشافعي وأنكر مالك هذا وقال قد قال الله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا جلدة واحدة .

ولنا ما روى أبو أمامة بن سهل بن حنيف عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلاً منهم اشتكى حتى ضنى فدخلت عليه امرأة فمش لها فوقع بها فستل له رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه ضربة واحدة . رواه أبو داود والنسائي وقال ابن المنذر في إسناده مقال ولأنه لا يخلو من أن يقام الحد على ما ذكرناه أو لا يقام أصلاً أو يضرب ضرباً كاملاً لا يجوز تركه بالكلية لأنه يخالف الكتاب والسنة ولا يجوز جلده جلدأ تاماً لأنه يفضى إلى إتلافه فتعين ما ذكرناه وقولهم هذا جلدة واحدة قلنا يجوز أن يقام ذلك في حال العذر مقام مائة كما قال الله تعالى في حق أيوب (وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث) وهذا أولى من ترك حده بالكلية أو قتله بما لا يوجب القتل .

مسألة ، قال (وإذا زنى العبد والأمة جلد كل واحد منهما خمسين جلدة ولم يغربا) .

وجلته : أن حد العبد والأمة خمسون جلدة بكرين كانا أو ثيبين في قول أكثر الفقهاء منهم عمر وعلي وابن مسعود والحسن والنخعي ومالك والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي والبخاري وقال ابن عباس وطاوس وأبو عبيد إن كانا

مزوجين فعليهما نصف الحد ، ولا حد على غيرهما لقول الله تعالى (فإذا أحسن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) فدليل خطابه أنه لا حد على غير المحصنات وقال داود على الأمة نصف الحد إذا زنت بعد ما زوجت وعلى العبد جلد مائة بكل حال وفي الأمة إذا لم تزوج روايتان .

إحداهما : لأحد عليهما ، والآخرى : تجلد مائة لأن قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) عام خرجت منه الأمة المحصنة بقوله (فإذا أحسن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) فيبقى العبد والأمة التي لم تحصن على مقتضى العموم ويحتمل دليل الخطاب في الأمة أن لا حد عليها لقول ابن عباس ، وقال أبو ثور إذا لم يحصن بالتزويج فعليهما نصف الحد وإن أحصنا فعليهما الرجم للعموم الأخبار فيه ولأنه حد لا يتبعض فوجب تكميله كاقطع في السرقة .

ولنا : ما روى ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله عن أبي هريرة وزيد بن خالد قالوا سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الأمة إذا زنت ولم تحصن فقال : إذا زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فبيعوها ولو بضعير ، متفق عليه . قال ابن شهاب وهذا نص في جلد الأمة إذا لم تحصن وهو حجة على ابن عباس وموافقيه وداود وجعل داود عليها مائة إذا لم تحصن وخمسين إذا كانت محصنة خلاف ما شرع الله تعالى فإن الله تعالى ضاعف عقوبة المحصنة على غيرها فجعل الرجم على المحصنة والجلد على البكر ، وداود ضاعف عقوبة البكر على المحصنة واتباع شرع الله أولى وأما دليل الخطاب فقد روى عن ابن مسعود رحمه الله أنه قال إحصانها لإسلامها وأقراؤها بفتح الالف ثم دليل الخطاب إنما يكون دليلا إذا لم يكن للتخصيص بالذكر فائدة سوى اختصاصه بالحكم ومتى كانت له فائدة أخرى لم يكن دليلا مثل أن يخرج مخرج الغالب أو للتنبيه أو لمعنى من المعاني وقد قال الله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم) ولم يختص التحريم باللاتي في حجوركم وقال (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وحرم حلائل الأبناء من الرضاع وأبناء الأبناء وقال (ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتن أن يفتنكم الذين كفروا) وأبيح القصص بدون الخوف وأما العبد فلا فرق بينه وبين

الأمة فالتنصيص على أحدهما يثبت حكمه في حق الآخر كما أن قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له في عبد ، ثبت حكمه في حق الأمة ثم إن المنطوق أولى منه على كل حال ، وأما أبو ثور فتخالف نص قوله (فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) وعمل به فيما لم يتناول النص وخرق الإجماع في إيجاب الرجم على المحصنات كما خرق داود الإجماع في تكميل الجلد على العبيد وتضعيف حد الأبكار على المحصنات .

(فصل) ولا تغريب على عبد ولا أمة . وبهذا قال الحسن وحامد ومالك وإسحاق وقال الثوري وأبو ثور يغرب نصف عام لقوله تعالى : (فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب) وحسد ابن عمر ، ولو كره له ونفاها إلى ذلك وعن الشافعي قولان كالمذهبين واحتج من أوجبه بعموم قوله عليه السلام « والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » .

ولنا : الحديث المذكور في حجتنا ولم يذكر فيه تغريبا ولو كان واجبا لذكره لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقته ، وحديث علي رضي الله عنه أنه قال « يا أيها الناس أقيموا على أرقائكم الحد من أحصن منهم ومن لم يحصن فإن أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرني أن أجلدها ، وذكر الحديث رواه أبو داود ولم يذكر أنه غريبها وأما الآية فإنها حجة لنا لأن العذاب المذكور في القرآن مائة جلدة لا غير فينصرف التنصيف إليه دون غيره بدليل أنه لم ينصرف إلى تنصيف الرجم ولأن التغريب في حق العبد عقوبة لسيدته دونه فلم يجب في الزنا كاللتغريم ، بيان ذلك أن العبد لا ضرر عليه في تغريبه لأنه غريب في موضعه ويترفه بتغريبه من الخدمة ويتضرر سيده بتفويت خدمته والخطر بخروجه من تحت يده والكلفة في حفظه والإنفاق عليه مع بعده عنه فيصير الحد مشروعا في حق غير الزاني والضرر على غير الجاني ، وما فعل ابن عمر في حق نفسه وإسقاط حقه وله فعل ذلك من غير زنا ولا جنابة فلا يكون حجة في حق غيره .

(فصل) وإذا زنى العبد ثم عتق حده الرقيق لأنه إنما يقام عليه الحد الذي وجب عليه ، ولو زنى حر ذمي ثم لحق بدار الحرب ثم سبي واسترق حده حد الإحرار لأنه وجب عليه وهو حر ، ولو كان أحد الزانيين رقيقا والآخر حرا فعلى

كل واحد منهما حده ولو زنى بغير بثيب حد كل واحد منهما حده لأن كل واحد منهما إنما تلزمه عقوبة جنائته ، ولو زنى بعد العتق وقبل العلم به فعليه حد الأحرار لأنه زنى وهو حر ، وإن أقيم عليه حد الرقيق قبل العلم بجنائته ثم علمت بعد تم عليه حد الأحرار ، وإن عفا السيد عن عبده لم يسقط عنه الحد في قول عامة أهل العلم إلا الحسن ، قال : يصح عفوؤه وليس بصحيح لأنه حق لله تعالى فلا يسقط بإسقاط سيده كالعبادات وكالحر إذا عفا عنه الإمام .

(فصل) والسيد إقامة الحد بالجلد على رقيقه القن في قول أكثر العلماء روى نحو ذلك عن علي وابن مسعود وابن عمر وأبي حميد وأبي أسيد الساعديين وفاطمة ابنة النبي صلى الله عليه وسلم وعلقمة والأسود والزهرى وهبيرة بن مريم وأبي ميسرة ومالك والثوري والشافعى وأبي ثور وابن المنذر .

وقال ابن أبي ليلى : أدركت بقايا الأنصار يجلدون ولائهم في مجالسهم الحدود إذا زنوا . وعن الحسن بن محمد أن فاطمة حدثت جارية لها زنت ، وعن إبراهيم أن علقمة والأسود كانا يقيمان الحدود على من زنى من خدم عشائهم روى ذلك سعيد في سننه .

وقال أصحاب الرأى : ليس له ذلك لأن الحدود إلى السلطان ولأن من لا يملك إقامة الحد على الحر لا يملكه على العبد كالصبي ، ولأن الحد لا يجب إلا بينة أو إقرار ويعتبر لذلك شروط من عدالة الشهود ومجيئهم مجتمعين أو في مجلس واحد وذكر حقيقة الزنا وغير ذلك من الشروط التي تحتاج إلى فقيه يعرفها ويعرف الخلاف فيها والصواب منها وكذلك الإقرار فينبغى أن يفوض ذلك إلى الإمام أو نائبه كحد الأحرار ، ولأنه حد هو حق لله تعالى فيفوض إلى الإمام كالقتل والقطع .

ولما : ما روى سعيد حدثنا سفيان عن أيوب بن موسى عن سعيد بن أبي سعيد عن أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا زنت أمة أحدكم فتيقن زناها فليجلدها ولا يثرب بها فإن عادت فليجلدها ولا يثرب بها فإن عادت فليجلدها ولا يثرب بها فإن عادت فليجلدها ولا يثرب بها وقال حدثنا

أبو الأحوص حدثنا عبد الأعلى عن أبي جميلة عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أقيموا الحدود على ما ملكتم أيمانكم ، رواه الدارقطني ولأن السيد يملك تأديب أمته وتزويجها فلك إقامة الحد عليها كالسلطان وفارق الصبي .

إذا ثبت هذا : فإنما يملك إقامة الحد بشروط أربعة . أحدها : أن يكون جلدأ كحد الزنا والشرب وحد القذف ، فأما القتل في الردة والقطع في السرقة فلا يملكهما إلا الإمام وهذا قول أكثر أهل العلم وفيهما وجه آخر أن السيد يملكهما وهو ظاهر مذهب الشافعي لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « أقيموا الحدود على ما ملكتم أيمانكم ، وروى أن ابن عمر قطع عبداً سرق وكذلك عائشة ، وعن حفصة أنها قتلت أمة لها سحرتها ولأن ذلك حد أشبه الجلد ، وقال القاضي كلام أحمد يقتضي أن في قطع السارق روايتين .

ولنا : أن الأصل تفويض الحد إلى الإمام لأنه حق لله تعالى فيفوض إلى نائبه كما في حق الأحرار ولما ذكره أصحاب أبي حنيفة وإنما فوض إلى السيد الجلد خاصة لأنه تأديب والسيد يملك تأديب عبده وضربه على الذنب وهذا من جنسه ، وإنما اختلفا في أن هذا مقدر والتأديب غير مقدر وهذا لا أثر له في منع السيد منه بخلاف القطع والقتل فإنهما إنلاف لجلته أو بعضه الصحيح ولا يملك السيد هذا من عبده ولا شيئاً من جنسه والخبر الوارد في حد السيد عبده إنما جاء في الزنا خاصة وإنما قسنا عليه ما يشبهه من الجلد ، وقوله « أقيموا الحدود على ما ملكتم أيمانكم ، إنما جاء في سياق الجلد في الزنا فإن أول الحديث عن علي قال أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بأمة لهم فجرت فأرسلني إليها فقال « اجلدها الحد ، قال فانطلقت فوجدتها لم تجف من دمها فرجعت إليه فقال « أفرغت ؟ ، فقلت وجدتها لم تجف من دمها قال « إذا جفت من دمها فاجلدها الحد وأقيموا الحدود على ما ملكتم أيمانكم ، قال فالظاهر أنه إنما أراد ذلك الحد وشبهه ، وأما فعل حفصة فقد أنكره عثمان عليها وشق عليه وقوله أولى من قولها وما روى عن ابن عمر فلا نعلم ثبوته عنه .

الشرط الثاني : أن يختص السيد بالمملوك ، فإن كان مشتركا بين اثنين أو كانت الامة مزوجة أو كان المملوك مكاتباً أو بعضه حراً لم يملك السيد إقامة الحد عليه ، وقال مالك

والشافعي : يملك السيد إقامة الحد على الأمة المزوجة لعموم الخبر ، ولأنه مختص بملكها وإنما يملك الزوج بعض نفقها فأشبهت المستأجرة .

ولنا ما روى عن ابن عمر أنه قال إذا كانت الأمة ذات زوج رفعت إلى السلطان وإن لم يكن لها زوج جملها سيدها نصف ما على المحسن ولم نعرف له مخالفاً في عصره فكان إجماعاً ، ولأن نفقها بملوك لغيره مطلقاً أشبهت المشتركة ، ولأن المشترك إنما منع من إقامة الحد عليه لأنه يقيم في غير ملكه فإن الجزء الحر أو المملوك لغيره ليس بملوك له وهو يقيم الحد عليه وهذا يشبه لأن محل الحد هو محل استمتاع الزوج وهو بدنها فلا يملكه والخبر مخصوص بالمشارك فنقيس عليه والمستأجرة إجارته مؤقتة تنقضي ويحتمل أن نقول لا يملك إقامة عليها في حال إجارته لأنه ربما أفضى إلى تفويت حق المستأجر وكذلك الأمة المرهونة يخرج فيها وجهان .

الشرط الثالث : أن يثبت الحد ببينة أو اعتراف فإن ثبت باعتراف فللسيد إقامة إذا كان يعرف الاعتراف الذي يثبت به الحد وشروطه ، وإن ثبت ببينة اعتبر أن يثبت عند الحاكم لأن البينة تحتاج إلى البحث عن العدالة ومعرفة شروط سماعها ولفظها ولا يقوم بذلك إلا الحاكم ، وقال القاضي يعقوب إن كان السيد يحسن سماع البينة ويعرف شروط العدالة جاز أن يسمعها ويقيم الحد بها كما يقيمها بالإقرار وهذا ظاهر نص الشافعي لأنها أحد ما يثبت به الحد فأشبهت الإقرار ولا يقيم السيد الحد بملكه وهذا قول مالك لأنه لا يقيم الإمام بملكه فالسيد أولى فإن ولاية الإمام للحد أقوى من ولاية السيد لكونها متفقاً عليها وثابتة بالإجماع فإذا لم يثبت الحد في حقه بالعلم فهنا أولى وعن أحمد رواية أخرى أنه يقيم بملكه لأنه قد ثبت عنده فملك إقامة كما لو أقر به ، ويفارق الحاكم لأن الحاكم متهم ولا يملك محل إقامة وهذا بخلافه .

الشرط الرابع : أن يكون السيد بالغاً عاقلاً عالماً بالحدود وكيفية إقامتها لأن الصبي والمجنون ليسا من أهل الولايات والجاهل بالحد لا يمكنه إقامة على الوجه الشرعي فلا يفرض إليه ، وفي الماسق وجهان أحدهما : لا يملكه لأن هذه ولاية منافاهما الفسق كولاية التزويج . والثاني : يملكه لأن هذه ولاية استفادها بالملك فلم

ينافها الفسق كبيع العبد ، وإن كان مكاناً ففيه احتمالان أحدهما : لا يملكه لأنه ليس من أهل الولاية والثاني : يملكه لأنه يستفاد بالملك فأشبهه سائر تصرفاته ، وفي المرأة أيضاً احتمالان أحدهما : لا تملكه لأنها ليست من أهل الولايات والثاني : تملكه لأن فاطمة جلست أمة لها وعائشة قطعت أمة لها سرقت وحفصة قتلت أمة لها سحرتهما ولأنها مالكة تامة الملك من أهل التصرفات أشبهت الرجل ، وفيه وجه ثالث أن الحد يفوض إلى وإياها لأنه يزوج أمتهام ومولاتها فملك إقامة الحد على مملوكاتها .

(فصل) وإن فجر بأمة ثم قتلها فعليه الحد وقيمتها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وقال أبو يوسف إذا وجبت عليه قيمتها أسقطت الحد عنه لأنه يملكها بغرامته لها فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد .

ولنا : أن الحد وجب عليه فلم يسقط بقتل الزنى بها كما لو كانت حرة فغرم ديتها ، وقولهم إنه يملكها غير صحيح لأنه إنما غرمها بعد قتلها ولم يبق محلاً للملك ثم لو ثبت أنه مملوكها فإنما يملكها بعد وجوب الحد فلم يسقط عنه الحد كما لو اشتراها ، ولو زنى بأمة ثم اشتراها لم يسقط عنه الحد مع ثبوت حقيقة الملك له فزناها أولى ، ولو زنى بأمة ثم غصبها فأبقت من يده ثم غرمها لم يسقط عنه الحد لأنه إذا لم يسقط بالملك المتفق عليه فبالمتخلف فيه أولى .

(فصل) وإذا زنى من نصفه حر ونصفه رقيق فلا رجم عليه لأنه لم تكمل الحرية فيه وعليه نصف حد الحر خمسون جلدة ونصف حد العبد خمس وعشرون فيمكن أن لا يغرب لأن حق السيد في جميعه في جميع الزمان ونصيبه من العبد لا تغريب عليه فلا يلزمه ترك حقه في بعض الزمان بما لا يلزمه ولا تأخير حقه بالمهاياة من غير رضاه ، وإن قلنا بوجوب تغريبه فينبغي أن يكون زمن التغريب محسوباً على العبد من نصيبه الحر والسيد نصف عام بدلاً عنه ، وما زاد من الحرية أو نقص منها فبحساب ذلك فإن كان فيها كسر مثل أن يكون ثلثه حراً فقتضى ما ذكرناه أن يلزمه ثلثا جلد الحر وهو ست وستون جلدة وثلثان فينبغي أن يسقط الكسر لأن الحد متى دار بين الوجوب والإسقاط سقط ، والمدير والمكاتب وأم الولد بمنزلة القن في

الحد لأنه رقيق كله . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، .

• مسألة ، قال (والزاني من أتى الفاحشة من قبل أو دبر)

لا خلاف بين أهل العلم في أن من وطئ امرأة في قبلها حراماً لا شبهة له في وطئها أنه زان يجب عليه حد الزنا إذا كملت شروطه ، والوطء في الدبر مثله في كونه زناً لأنه وطء في فرج امرأة لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فكان زناً كالوطء في القبل ولأن الله تعالى قال : (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم) الآية . ثم بين النبي صلى الله عليه وسلم أنه قد جعل الله لمن سيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والوطء في الدبر فاحشة لقوله تعالى في قوم لوط (أتأتون الفاحشة ؟) يعني الوطء في أدبار الرجال ويقال أول ما بدأ قوم لوط بوطء النساء في أدبارهن ثم صاروا إلى ذلك في الرجال .

(فصل) وإن وطئ ميتة ففيه وجهان أحدهما : عليه الحد وهو قول الأوزاعي لأنه وطء في فرج آدمية فأشبهه وطء الحية ولأنه أعظم ذنباً وأكثر إثماً لأنه انضم إلى فاحشة هتك حرمة الميتة والثاني : لا حد عليه وهو قول الحسن قال أبو بكر وبهذا أقول لأن الوطء في الميتة كلاوطء لأنه عضو مستهلك ولأنها لا يشتهي مثلها وتعافها النفس فلا حاجة إلى شرع الزجر عنها والحد إنما وجب زجراً ؛ وأما الصغيرة فإن كانت ممن يمكن وطؤها فوطؤها زناً يوجب الحد لأنها كالكبيرة في ذلك وإن كانت ممن لا يصلح للوطء ففيها وجهان كالميتة . قال القاضي لأحد على من وطئ صغيرة لم تبلغ تسعاً لأنها لا يشتهي مثلها فأشبهه ما لو أدخل أصبعه في فرجها وكذلك لو استدخلت امرأة ذكر صبي لم يبلغ عشرأ لا حد عليها ، والصحيح أنه متى أمكن وطؤها وأمكنت المرأة من أمكنه الوطء فوطئها أن الحد يجب على المكاف منهما فلا يجوز تحديد ذلك بتسع ولا عشر لأن التحديد إنما يكون بالتوقيف ولا توقيف في هذا وكون التسع وقتاً لإمكان الاستمتاع غالباً لا يمنع وجوده قبله كما أن البلوغ يوجد في خمسة عشر عاماً غالباً ولم يمنع من وجوده قبله .

(فصل) وإن تزوج ذات محرمه فالنكاح باطل بالإجماع فإن وطئها فعليه الحد في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وجابر بن زيد ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو أيوب وابن أبي خيثمة . وقال أبو حنيفة والثوري لا حد عليه لأنه وطئ . تمكنت الشبهة منه فلم يوجب الحد كما لو اشترى أخته من الرضاع ثم وطئها ، وبيان الشبهة أنه قد وجدت صورة المبيع وهو عقد النكاح الذي هو سبب للإباحة فإذا لم يشبته حكمه وهو الإباحة بقيت صورته شبهة دائرة للحد الذي يفدرى بالشبهات .

ولنا : أنه وطئ في فرج امرأة يجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطئ من أهل الحد عالم بالتحريم فيلزمه الحد كما لو لم يوجد العقد ، وصورة المبيع إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحة والعقد ههنا باطل محرم وفعله جنائية تقتضي العقوبة انضمت إلى الزنا فلم تكن شبهة كما لو أكرهها وعاقبها ثم زنى بها ، ثم يبطل بالاستيلاء عليها فإن الاستيلاء سبب للملك في المباحات وليس بشبهة ، وأما إذا اشترى أخته من الرضاع فلنا فيه منع وإن سلمنا فإن الملك المقتضى للإباحة صحيح ثابت وإنما تخافت الإباحة لمعارض بخلاف مسألتنا فإن المبيع غير موجود لأن عقد النكاح باطل والملك به غير ثابت فالمقتضى معدوم فافترقا فاشبه ما لو اشترى خمرأ فشربه أو غلاما فوطئه . إذا ثبت هذا فاختلف في الحد فروى عن أحمد أنه يقتل على كل حال ، وبهذا قال جابر بن زيد وإسحاق وأبو أيوب وابن أبي خيثمة وروى إسماعيل بن سعيد عن أحمد في رجل تزوج امرأة أبيه أو بذات محرم فقال يقتل ويؤخذ ماله إلى بيت المال .

والرواية الثانية : حده حد الزاني وبه قال الحسن ومالك والشافعي لعموم الآية والخبر ووجه الأولى ما روى البراء قال : لقيت عمي ومعه الراية فقلت إلى أين تريد ؟ فقال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل نكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وأخذ ماله ، رواه أبو داود والجوزجاني وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن ، وسمى الجوزجاني عمه الحارث بن عمرو .

وروى الجوزجاني وابن ماجه بإسنادهما عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من وقع على ذات محرم فاقتلوه ، ورفع إلى الحجاج رجل

اغتنصب أخته على نفسها فقال احبسوه وسلوا من ههنا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فسألوا عبد الله بن أبي مطرف فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من تخطى المؤمن فخطوا وسطه بالسيف ، وهذه الأحاديث أخص بما ورد في الزنا فتقدم ، والقول فيمن زن بذات محرمه من غير عقد كالقول فيمن وطئها بعد العقد .

(فصل) وكل نكاح أجمع على بطلانه كنكاح خامسة أو متزوجة أو معتدة أو نكاح المطلقة ثلاثاً إذا وطئ فيه عالماً بالتحريم فهو زنا موجب للحد المشروع فيه قبل العقد وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وصاحباؤه لا حد فيه لما ذكره في الفصل الذي قبل هذا وقال النخعي يجلده مائة ولا ينفي .

ولنا : ما ذكرناه فيما مضى ، وروى أبو نصر المروزي بإسناده عن عبيد بن نضيلة قال رفع إلى عمر بن الخطاب امرأة تزوجت في عدتها فقال هل علمتا ؟ فقالا : لا ، قال لو علمتما لرجمتكما فجلده أسواط ثم فرق بينهما ، وروى أبو بكر بإسناده عن خلاص قال رفع إلى علي عليه السلام امرأة تزوجت ولها زوج كتمته فرجها وجلد زوجها الآخر مائة جلدة فإن لم يعلم تحريم ذلك فلا حد عليه لعذر الجهل ولذلك درأ عمر عنهما الحد لجهلها .

(فصل) ولا يجب الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولي ولا شهود ونكاح الاخت في عدة أختها البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن ونكاح المجوسية وهذا قول أكثر أهل العلم لأن الاختلاف في إباحة الوطء فيه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبه .

(فصل) ولا يجب الحد بوطء جارية مشتركة بينه وبين غيره وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور يجب . ولنا أنه فرج له فيه ملك فلا يجب بوطئه كالمسكوبة والمرهونة .

(فصل) وإن اشترى أمه أو أخته من الرضاعة ونحوها ووطئها فذكر القاضي عن أصحابنا أن عليه الحد لأنه فرج لا يستباح بحال فوجب الحد بالوطء كفرج الغلام . وقال بعض أصحابنا لا حد فيه وهو قول أصحاب الرأي والشافعي لأنه وطئه

في فرج مملوك له يملك المعاوضة عنه وأخذ صداقه فلم يجب به الحد كوطء الجارية المشتركة . فأما إن اشترى ذات محرمة من النسب ممن يعتق عليه ووطئها فعليه الحد لانعلم فيه خلافا لأن الملك لا يثبت فيها فلم توجد الشبهة .

(فصل) فإن زفت لإليه غير زوجته وقيل هذه زوجتك فوطئها يعتقدها زوجته فلا حد عليه لانعلم فيه خلافا وإن لم يقل له هذه زوجتك أو وجد على فراشه امرأة ظنها امرأته أو جاريته فوطئها أودعا زوجته أو جاريته فجاءته غيرها فظنها المدعوة فوطئها أو اشتبه عليه ذلك لعاه فلا حد عليه وبه قال الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أن عليه الحد لأنه وطئ في محل لاملك له فيه .

ولنا : أنه وطئ اعتقد لإباحته بما يعذر مثله فيه فأشبهه ما لو قيل له هذه زوجتك ولأن الحدود تدرأ بالشبهات وهذه من أعظمها فأما إن دعا محرمة عليه فأجابها غيرها فوطئها يظنها المدعوة فعليه الحد سواء كانت المدعوة ممن له فيها شبهة كالجارية المشتركة أو لم يكن لأنه لا يعذر به— إذا فأشبهه ما لو قتل رجلا يظنه ابنه أو عبده فبان أجنيا .

(فصل) ولا حد على من لم يعلم بتحريم الزنا . قال عمر وعثمان وعلى لا حد إلا على من علمه وبهذا قال عامة أهل العلم فإن ادعى الزاني الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالإسلام والناشيء بياديه قبل منه لأنه يجوز أن يكون صادقا وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشيء بين المسلمين وأهل العلم لم يقبل لأن تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك فقد علم كذبه وإن ادعى الجهل بفساد نكاح باطل قبل قوله لأن عمر قبل قول المدعى الجهل بتحريم النكاح في العدة ولأن مثل هذا يجهل كثيرا ويخفى على غير أهل العلم .

(فصل) فإن وطئ جارية غيره فهو زان سواء كان بإذنه أو غير إذنه لأن هذا مما لا يستباح بالبذل والإباحة وعليه الحد إلا في موضعين . أحدهما : الأب إذا وطئ جارية ولده فإنه لا حد عليه في قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأهل المدينة والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور وابن المنذر عليه الحد إلا أن يمنع منه إجماع لأنه وطئ في غير ملك أشبه وطئ جارية أبيه .

ولنا : أنه وطئ تمكنت الشبهة منه فلا يجب به الحد كوطء الجارية المشتركة

والدليل على تمسك الشبهة قول النبي صلى الله عليه وسلم وأنت ومالك لأبيك، فأضاف مال ولده إليه وجعله له فإذا لم تثبت حقيقة الملك فلا أقل من جعله شبهة دارة للحد الذي يندرى بالشبهات ولأن القائلين بانتفاء الحد في عصر مالك والأوزاعي ومن وافقهما قد اشتهر قولهم ولم يعرف لهم مخالف فكان ذلك إجماعاً ولا حد على الجارية لأن الحد اتفق عن الواطئ. لشبهة الملك فيقتضي عن الموطئة كوطء الجارية المشتركة ولأن الملك من قبيل المتضايفات إذا ثبت في أحد المتضايفين ثبت في الآخر فكذلك شبهته ولا يصح القياس على وطء جارية الأب لأنه لا ملك للولد فيها ولا شبهة ملك بخلاف مسألتنا. وذكر ابن أبي موسى قولاً في وطء جارية الأب والام أنه لا يحد لأنه لا يقطع بسرقة ماله أشبه الأب والأول أصح وعليه عامة أهل العلم فيما علمناه.

الموضع الثاني : إذا وطئ جارية امرأته بإذنها فإنه يجلد مائة ولا يرجم إن كان ثيباً ولا يغرب إن كان بكرأ وإن لم تكن أحلتها له فهو زان حكمه حكم الزاني بجارية الأجنبية، وحكى عن النخعي أنه يعزر ولا حد عليه لأنه يملك امرأته فكانت له شبهة في مملوكتها وعن عمر وعلى وعطاء وقتادة والشافعي ومالك أنه كوطء الأجنبية سواء أحلتها له أو لم تحلها لأنه لا شبهة له فيها فأشبه وطء جارية أخته ولأنه بإباحة لوطء محرمة عليه فلم يكن شبهة كأباحة سائر الملاك.

وعن ابن مسعود والحسن إن كان استكرها فعليه غرم مشهاوتة فإن كانت طاوخته فعليه غرم مثلها ويمسكها لأن هذا يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد رواه ابن عبد البر وقال هذا حديث صحيح.

ولنا ما روى أبو داود بإسناده عن حبيب بن سالم أن رجلاً يقال له عبد الرحمن ابن حنين وقع على جارية امرأته فرفع إلى النعمان بن بشير وهو أمير على الكوفة فقال لأقضين فيك بقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم إن كانت أحلتها لك جلدناك مائة وإن لم تكن أحلتها لك رجناك بالحجارة فوجدوها أحلتها له فجلده مائة. وإن علفت من هذا الوطء فهل يلحقه النسب؟ على روايتين.

إحداهما : يلحق به لأنه وطء لا يحجب به الحد فليحق به النسب كوطء الجارية

المشتركة . والآخرى : لا يلحق به لأنه وطء في غير ملك ولا شبهة ملك أشبه الزنا المحض .

(فصل) ولا حد على مكرهة في قول عامة أهل العلم . روى ذلك عن عمر والزهرى وقتادة والثوري والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « عفى لأمى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ،

وعن عبد الجبار بن وائل عن أبيه « أن امرأة استكرهت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قدراً عنها الحد » ، رواه الأثرم قال وأتى عمر باماء من إماء الامارة استكرهن غلمان من غلمان الامارة فضرب الغلمان ولم يضرب الاماء .

وروى سعيد بإسناده عن طارق بن شهاب قال : أتى عمر بامرأة قد زنت فقالت إني كنت نائمة فلم أستيقظ إلا برجل قد جثم على نخلي سبيلها ولم يضربها ولأن هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ولا فرق بين الاكراه بالالجاء وهو أن يغلبها على نفسها وبين الاكراه بالتهديد بالقتل ونحوه نص عليه أحمد في راع جاءته امرأة قد عطشت فسألته أن يسقيها فقال لها أمكيني من نفسك قال هذه مضطرة . وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن امرأة استسقت راعياً فأبى أن يسقيها إلا أن تتمكنه من نفسها ففعلت فرفع ذلك إلى عمر فقال لعلى ماترى فيها ؟ قال إنها مضطرة فأعطاها عمر شيئاً وتركها .

(فصل) وإن أكره الرجل فزنى فقال أصحابنا عليه الحد . وبه قال محمد ابن الحسن وابو ثور لأن الوطء لا يكون إلا بالانتشار ، والاكراه ينافيه فإذا وجد الانتشار انتفى الاكراه فيلزمه الحد كما لو أكره على غير الزنا فزنى وقال أبو حنيفة إن أكرهه السلطان فلا حد عليه وإن أكرهه غيره حد استحساناً ، وقال الشافعى وابن المنذر لا حد عليه لعموم الخبر ، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات والاكراه شبهة فيمنع الحد كما لو كانت امرأة يحققه أن الإكراه إذا كان بالتخويف أو بمنع ما تفوت حياته بمنعه كان الرجل فيه كالمرأة فإذا لم يجب عليها الحد لم يجب عليه وقولهم إن التخويف ينافى الانتشار لا يصح لأن التخويف بترك الفعل والفعل لا يخاف منه فلا يمنع ذلك ، وهذا أصح الأقوال إن شاء الله تعالى .

« مسألة ، قال (ومن تلوط قتل بكراً كان أو ثيباً في إحدى الروايتين والأخرى حكمه حكم الزاني) .

أجمع أهل العلم على تحريم اللواط. وقد ذمه الله تعالى في كتابه وعاب من فعله وذمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الله تعالى (ولوطاً إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين . أتتكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء بل أنتم قوم مسرفون) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لعن الله من عمل عمل قوم لوط » واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في - أنه فروى عنه أن حده الرجم بكراً كان أو ثيباً وهذا قول علي وابن عباس وبار بن زيد وعبد الله بن معمر والزهرى وأبي حبيب وربيعة ومالك وإسحاق وأحد قولي الشافعى وقتادة والأوزاعى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو ثور وهو المشهور من قولي الشافعى لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان ، ولأنه لا يلاج فرج آدمى في فرج آدمى لا ملك له فيه ولا شبهة ملك فكان زنا كالإيلاج في فرج المرأة إذا ثبت كونه زنا دخل في عموم الآية والاختلاف فيه ولأنه فاحشة فكان زنا كالفاحشة بين الرجل والمرأة ، وروى عن أبي بكر الصديق رضى الله عنه أنه أمر بتحريق اللوطى وهو

قول ابن الزبير لما روى صفوان بن سليم عن خالد بن الوليد أنه وجد في بعض ضواحي العرب رجلاً ينسكح كما تنسكح المرأة فكتب إلى أبي بكر فاستشار أبو بكر رضى الله عنه الصحابة فيه فكان على أشدهم قولاً فيه فقال ما فعل هذا إلا أمة من الأمم واحدة وقد علمت ما فعل الله بها ، أرى أن يحرق بالنار فكتب أبو بكر إلى خالد بذلك فخرقه وقال الحكم وأبو حنيفة لا حد عليه لأنه ليس بمحل اللوطه أشبهه غير الفرج .

ووجه الرواية الأولى . قول النبي صلى الله عليه وسلم « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الماعل والمفعول به ، رواه أبو داود وفي لفظ « فارجوا الأعلى والأسفل ، ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم فإنهم أجمعوا على قتله وإنما اختلفوا في صفته ، واحتج أحمد رضى الله عنه بقول علي عليه السلام وأنه كان يرى رجه ولأن الله تعالى عذب قوم لوط بالرجم فينبغى أن يعاقب من فعل فعلهم بمثل عقوبتهم

وقول من أسقط الحد عنه يخالف النص والإجماع ، وقياس الفرج على غيره لا يصح لما بينهما من الفرق ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يكون في مملوك له أو أجنبي لأن الذكر ليس بمحل لوطه الذكر فلا يؤثر ملكه له ولو وطئ زوجته أو مملوكته في دبرها كان محرماً ولا حد فيه لأن المرأة محل للوطء في الجملة وقد ذهب بعض العلماء إلى حله فكان ذلك شبهة مانعة من الحد بخلاف التلوط .

(فصل) وإن تدالكت امرأتان فهما زانيتان ملعوتان لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان . ولا حد عليهما لأنه لا يتضمن إيلاجاً فأشبهه المباشرة دون الفرج وعليهما التعزير لأنه زنا لا حد فيه فأشبهه مباشرة الرجل المرأة من غير جماع ولو باشر الرجل المرأة فاستمتع بها فيما دون الفرج فلا حد عليه لما روى أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إنى لقيت امرأة فأصبت منها كل شيء إلا الجماع فأنزل الله تعالى : (أقم الصلاة) الآية . فقال الرجل ألى هذه الآية . فقال : لمن عمل بها من أمتي ، رواه النسائي ولو وجد رجل مع امرأة يقبل كل واحد منهما صاحبه ولم يعلم هل وطئها أو لا فلا حد عليهما وإن قالان نحن زوجان وانفقا على ذلك فالقول قولها . وبه قال الحكم وحماد والشافعي وأصحاب الرأي وإن شهد عليهما بالزنا فقالا نحن زوجان فعليهما الحد إن لم تكن بينة بالنكاح وبه قال أبو ثور وابن المنذر لأن الشهادة بالزنا تنفي كونهما زوجين فلا تبطل بمجرد قولها ويحتمل أن يسقط الحد إذا لم يعلم كونها أجنبية منه لأن ما ادعياه محتمل فيكون ذلك شبهة كما لو شهد عليه بالسرقة فادعى أن المسروق ملكه .

د مسأله ، قال (ومن أتى بهيمة أدب وأحسن أدبه وقتلت البهيمة) .

اختلفت الرواية عن أحمد في الذي يأتي البهيمه فرى عنه أنه يعزر ولا حد عليه روى ذلك عن ابن عباس وعطاء والشعبي والنخعي والحكم ومالك والثوري وأصحاب الرأي وإسحاق وهو قول للشافعي ، والرواية الثانية . حكمه حكم اللائط سواء ، وقال الحسن حده حد الزاني ، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن يقتل هو والبهيمة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم د من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوه معها ، رواه أبو داود

ووجه الرواية الأولى أنه لم يصح فيه نص ولا يمكن قياسه على الوطء في فرج
الآدمي لأنه لا حرمة لها وليس بمقصود يحتاج في الرجوع عنه إلى الحد فإن النفوس
تعافه وعامتها تنفر منه فبقى على الأصل في انتفاء الحد ، والحديث يرويه عمرو
ابن أبي عمرو ولم يثبت أحد ، وقال الطحاوي هو ضعيف ومذهب ابن عباس خلافه
وهو الذي روى عنه قال أبو داود هذا يضعف الحديث عنه قال إسماعيل بن سعيد
سألت أحمد عن الرجل يأتي البهيمة فوقف عندها ولم يثبت حديث عمرو بن أبي
عمرو في ذلك ولأن الحد يدرأ بالشبهات فلا يجوز أن يثبت بحديث فيه هذه الشبهة
والضعف . وقول الحرقى أدب وأحسن أدبه يعني يعزر ويبالغ في تعزيره لأنه وطء
في فرج محرم لا شبهة له فيه لم يوجب الحد فأوجب التعزير كوطء الميتة .

(فصل) ويجب قتل البهيمة وهذا قول أبي سلية بن عبد الرحمن وأحد قولي
الشافعي وسواء كانت بمؤكدة له أو لغيره ما كولة أو غير ما كولة قال أبو بكر
الاختيار قتلها وإن تركت فلا بأس وقال الطحاوي إن كانت ما كولة ذبحت
وإلا لم تقتل وهذا قول ثان للشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح
الحيوان لغير ما كلة .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أتى بهيمة فاقتلوها واقتلوا البهيمة »
ولم يفرق بين كونها ما كولة أو غير ما كولة ولا بين ملكه ومالك غيره فإن قيل
الحديث ضعيف ولم يعملوا به في قتل الفاعل الجاني ففي حق حيوان لا جنابة منه
أولى . قلنا : إنما يعمل به في قتل الفاعل على إحدى الروايتين لوجهين . أحدهما :
أنه حد والحدود تدرأ بالشبهات وهذا إلتلاف مال فلا تؤثر الشبهة فيه . والثاني :
أنه إلتلاف آدمي وهو أعظم المخلوقات حرمة فلم يجوز التهجم على إلتلافه إلا بدليل
في غاية القوة ولا يلزم مثل هذا في إلتلاف مال ولا حيوان سواء . إذا ثبت هذا
فإن الحيوان إن كان للفاعل ذهب هدرأ وإن كان لغيره فعلى الفاعل غرامته لأنه
سبب إلتلافه فيضمنه كما لو نصب له شبكة فتلف بها ثم إن كانت ما كولة فهل
يباح أكلها ؟ على وجهين . وللشافعي أيضاً في ذلك وجهان .

أحدهما يحل أكلها لقول الله تعالى (أحلت لكم بهيمة الأنعام) ولأنه

حيران من جنس يجوز أكله ، ذبحه من هو من أهل الذكاة فحل أكله كالأول لم يفعل به هذا الفعل ولكن يكره أكله لشبهة التحريم .

والوجه الثاني . لا يحل أكلها لما روى عن ابن عباس أنه قيل له ما شأن البهيمة ؟ قال ما أراه قال ذلك إلا أنه كره أكلها وقد فعل بها ذلك الفعل ، ولأنه حيوان يجب قتله لحق الله تعالى فلم يحز أكله كسائر المقتولات ، واختلف في علة قتلها فقيل إنما قتلت لثلاث يعبر فاعلها ويذكر برؤيتها .

وقد روى ابن بطة بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من وجدتموه على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة ، قالوا يا رسول الله ما بال البهيمة ؟ قال : لا يقال هذه وهذه ، وقيل : لثلاث خلقاً مشوهاً ، وقيل : لثلاث تؤكل ، وإليه أشار ابن عباس في تعليقه ولا يجب قتلها حتى يثبت هذا العمل بها ببينة ، فأما إن أقر الفاعل فإن كانت البهيمة له ثبت بإقراره وإن كانت لغيره لم يحز قتلها بقوله لأنه إقرار على ملك غيره فلم يقبل كما لو أقر بها لغير مالئها . وهل يثبت هذا بشاهدين عدلين وإقرار مرتين أو يعتبر فيه ما يعتبر في الزنا على وجهين نذكرهما في موضعهما إن شاء الله تعالى .

د مسألة ، قال (والذي يجب عليه الحد من ذكرت من أقر بالزنا أربع مرات) .

وجملته أن الحد لا يجب إلا بأحد شيئين إقرار أو بينة فإن ثبت بإقرار اعتبر إقرار أربع مرات وبهذا قال الحكم وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي وقال الحسن وحماد ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يحد بإقرار مرة لقول النبي صلى الله عليه وسلم : واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، واعترافاً مرة اعتراف وقد أوجب عليها الرجم به ورجم الجهنمية وإنما اعترفت مرة وقال عمر إن الرجم حق واجب على من زنى وقد أحصن إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الإقرار ولأنه حق فيثبت باعترافاً مرة كسائر الحقوق .

ولنا : ما روى أبو هريرة قال : أتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فقال يا رسول الله إني زني فاعرض عنه فتنحى تلقاه وجهه

فقال يا رسول الله إني زئيت فأعرض عنه حتى نفي ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أبك جنون؟ قال لا، قال فهل أحصنت؟ قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أرجموه، متفق عليه ولو وجب الحد بمرة لم يعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه لا يجوز ترك حد وجب لله تعالى. وروى نعيم بن هزال حديثه وفيه حتى قالها أربع مرات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنك قد قلتها أربع مرات فبمن قال بفلانة، رواه أبو داود وهذا تعليل منه يدل على أن إقرار الأربع هي الموجهة.

وروى أبو برزة الأسلمي أن أبا بكر الصديق قال له عند النبي صلى الله عليه وسلم إن أقررت أربعاً رجحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا يدل من وجهين . أحدهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم أقره على هذا ولم ينكره فكان بمنزلة قوله لأنه لا يقر على الخطأ .

الثاني : أنه قد علم هذا من حكم النبي صلى الله عليه وسلم ، لولا ذلك ما تجاسر على قوله بين يديه ، فأما أحاديثهم فإن الإعراف لفظ المصدر يقع على القليل والكثير وحديثنا يفسره ويبين أن الإعراف الذي يثبت به كان أربعاً .

(فصل) وسواء كان في مجلس واحد أو مجالس متفرقة ، وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن الزاني يردد أربع مرات قال نعم على حديث ماعز هو أحوط قلت له في مجالس واحد أو في مجالس شتى؟ قال أما الأحاديث فليست تدل إلا على مجالس واحد إلا ذاك الشيخ بشير بن مهاجر عن عبد الله بن بريدة عن أبيه ، وذاك عندي منكر الحديث ، وقال أبو حنيفة لا يثبت إلا بأربع إقرارات في أربعة مجالس لأن ماعزاً أقر في أربعة مجالس .

ولنا : أن الحديث الصحيح إنما يدل على أنه أقر أربعاً في مجلس واحد وقد ذكرنا الحديث ولأنه إحدى حجتي الزنا فاكنتني به في مجلس واحد كالبينة .

(فصل) يعتبر في صحة الإقرار أن يذكر حقيقة الفعل لتزول الشبهة لأن الزنا يعبر عما ليس بموجب للحد . وقد روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز : لعالك قبلت أو غمزت أو نظرت ، قال لا . قال أفنيكتها ، لا يكتني ؟ قال

نعم قال فعند ذلك أمر برجمه رواه البخاري . وفي رواية عن أبي هريرة قال : « أفذهكتها ؟ » - قال نعم قال حتى غاب ذاك منك في ذاك منها ؟ ، قال نعم قال « كما يغيب المروء في المكحلة والرشاء في البئر ، قال نعم . قال : فهل تدري ما الزنا ؟ ، قال نعم أتيت منها حراماً ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً ، وذكر الحديث رواه أبو داود .

(فصل) فان أقر أنه زنى بامرأة فكذبته فعليه الحد دونها وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لاحد عليه لأننا صدقناها في إنكارها فصار محكوماً بكذبه .

ولنا : ما روى أبو داود بإسناده عن سهل بن سعد الساعدي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلاً أتاه فأقر عنده أنه زنى بامرأة فسمها له فبعت رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فسالها عن ذلك فانكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها ، ولأن انتفاء ثبوته في حقها لا يبطل إقراره كما لو سكنت أو كما لو لم يسأل ولأن عموم الخبر يقتضي وجوب الحد عليه باعترافه وهو قول عمر إذا كان الجبل أو الإعراف ، وقولهم إنما صدقناها في إنكارها لا يصح فإننا لم نحكم بصدقها وانتفاء الحد إنما كان كان لعدم المقتضى وهو الإقرار أو البينة لا لوجود التصديق بدليل ما لو سكنت أو لم تكمل البينة . إذا ثبت هذا فإن الحر والعبد والبكر والثيب في الإقرار سواء لأنه أحد حجتي الزنا فاستوى فيه الكل كالبينة .

« مسألة ، قال (وهو بالغ صحيح عاقل)

أما البلوغ والعقل فلا خلاف في اعتبارهما في وجوب الحد وصحة الإقرار لأن الصبي والمجنون قد رفع القلم عنهما ولا حكم له كلامهما . وقد روى عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم . وعن المجنون حتى يعقل ، رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وفي حديث ابن عباس في قصة ماعز أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل قومه : « أجنون هو ، قالوا ليس به بأس . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أقر عنده « أهلك جنون ؟ ، وقد روى أبو داود بإسناده قال : أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد زنت فاستشار فيها أناساً فأمر بها عمر أن ترجم فمروا بها علي بن أبي طالب رضي الله عنه

الله عنه فقال ما شأن هذه ؟ قالوا : مجنونة آل فلان زنت فأمر بها عمر أن ترجم فقال ارجعوا بها ثم أتاه فقال يا أمير المؤمنين أما علمت أن القلم قد رفع عن ثلاثة ؟ عن المجنون حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ . وعن الصبي حتى يعقل ، قال بلى ! قال فما بال هذه ؟ قال لا شيء قال فأرسلها قال فأرسلها قال لجعل عمر يكبر .

(فصل) فان كان يحن مرة ويفيق أخرى فأقر في إفاقته أنه زنى وهو مفيق أو قامت عليه بينة أنه زنى في إفاقته فعليه الحد لانعلم في هذا خلافاً ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لأن الزنا الموجب للحد وجد منه في حال تكليفه والقلم غير مرفوع عنه وإقراره وجد في حال اعتبار كلامه ، فإن أقر في إفاقته ولم يصفه إلى حال أو شهدت عليه البينة بالزنا ولم يصفه إلى حال إفاقته لم يجب الحد لأنه يحتمل أنه وجد في حال جنونه فلم يجب الحد مع الاحتمال ، وقد روى أبو داود في حديث المجنونة التى أتى بها عمر أن علياً قال إن هذه معتوهة بنى فلان لعل الذى أتاها أتاها فى بلائها فقال عمر لا أدري فقال على وأنا لا أدري .

(فصل) والنائم مرفوع عنه القلم ، فلو زنى بنائمة أو استدخلت امرأة ذكر نائم أو وجد منه الزنا حال نومه فلا حد عليه ، لأن القلم مرفوع عنه ولو أقر في حال نومه لم يلتفت إلى إقراره لأن كلامه ليس بمعتبر ولا يدل على صحة مدلوله . فأما السكران ونحوه فعليه حد الزنا والسرقة والشرب والقذف إن فعل ذلك في سكره لأن الصحابة رضى الله عنهم أوجبوا عليه حد الفرية لكون السكر مظنة لها ولأنه تسبب إلى هذه المحرمات بسبب لا يعذر فيه فأشبهه من لا عذر له ويحتمل أن لا يجب الحد لأنه غير عاقل فيكون ذلك شبهة في درء ما يندرى بالشبهات ولأن طلاقه لا يقع فى رواية فأشبهه النائم والأول أولى لأن إسقاط الحد عنه يفضى إلى أن من أراد فعل هذه المحرمات شرب الخمر وفعل ما أحب فلا يلزمه شيء ولأن السكر مظنة لفعل المحارم وسبب إليه فقد تسبب إلى فعلها حال صحوه فأما إن أقر بالزنا وهو سكران لم يعتبر إقراره لأنه لا يدري ما يقول ؟ ولا يدل قوله على صحة خبره فأشبهه قول النائم والمجنون وقد روى بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم استنكح ماعزاً رواه أبو داود وإنما فعل ذلك ليعلم هل هو سكران أولاً ؟ ولو كان السكران مقبول الإقرار لما احتجج إلى تعرف برأته منه .

(فصل) فأما قوله وهو صحيح ففسره القاضى بالصحيح من المرض يعنى أن الحد لا يجب عليه في مرضه وإن وجب فإنه إنما يقام عليه الحد بما يؤمن به تلافه ، فإن خيف ضرر عليه ضرب ضربة واحدة بضغث فيه مائة شراخ أو عود صغير ، ويحتمل أنه أراد الصحيح الذى يتصور منه الوطء فلو أقر بالزنا من لا يتصور منه كالمجنون فلا عليه لأننا نتيقن أنه لا يتصور منه الزنا الموجب للحد ولو قامت به بينة ففى كاذبه وعليها الحد نص عليه أحد ، وإن أقر الخصى أو العنين فعليه الحد وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لأنه يتصور منه ذلك فقبل إقراره به كالشيخ الكبير .

(فصل) وأما الآخرس فإن لم تفهم إشارته فلا يتصور منه إقرار ، وإن فهمت إشارته فقال القاضى عليه الحد وهو قول الشافعى وابن القاسم صاحب مالك وأبى ثور وابن المنذر ، لأن من صح إقراره بغير الزنا صح إقراره به كالناطق وقال أصحاب أبى حنيفة لا يحد بإقرار ولا بينة لأن الإشارة تحتمل ما فهم منها وغيره فيكون ذلك شبهة في درء الحد لكونه مما يندرى بالشبهات ولا يجب بالبينه لاحتمال أن يكون له شبهة ولا يمكنه التعبير عنها لا يعرف كونها شبهة ويحتمل كلام الخرقى أن لا يجب الحد بإقراره لأنه غير صحيح ولأن الحد لا يجب مع الشبهة والإشارة لا تفتنى معها الشبهات فأما البينة فيجب عليه بها الحد لأن قوله معها غير معتبر .

(فصل) ولا يصح الإقرار من المكروه فلو ضرب الرجل ليقر بالزنا لم يجب عليه الحد ولم يثبت عليه الزنا ، ولا نعلم من أهل العلم خلافاً في أن إقرار المكروه لا يجب به حد وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ، ليس الرجل بأمين على نفسه إذا جوعته أو ضربته أو أوثقته ، رواه سعيد ، وقال ابن شهاب فى رجل اعترف بعد جالده ليس عليه حد ولأن الإقرار إنما ثبت به المقر به لوجود الداعى إلى الصدق وانتفاء التهمة عنه . فإن العاقل لا يتهم بقصد الإضرار بنفسه ومع الإكراه يغلب على اللظن أنه قصد بإقراره دفع ضرر الإكراه فافتنى ظن الصدق عنه فلم يقبل .

(فصل) فإن أقر أنه وطئ امرأة وادعى أنها امرأته وأنكرت المرأة أن يكون زوجها نظرنا فإن لم تقر المرأة بوطنه إياها فلا حد عليه لأنه لم يقر بالزنا

ولا مهر لها لأنها لا تدعيه ، وإن اعترفت بوطئها وأقرت بأنه زنى بها مطاوعة فلا مهر عليه أيضاً ولا حد على واحد منهما إلا أن يقر أربع مرات لأن الحد لا يجب بدون أربع مرات . وإن ادعت أنه أكرهها عليه أو اشتبه عليها فعليه المهر ، لأنه أقر بسببه ، فقد روى مهنا عن أحمد ، أنه سأله عن رجل وطئ امرأة وزعم أنها زوجته وأنكرت هي أن يكون زوجها وأقرت بالوطء قال فهذه قد أقرت على نفسها بالزنا ، ولكن يدرأ عنه الحد بقوله إنها امرأته ولا مهر عليه ويدرأ عنها الحد حتى تعترف مراراً ، قال أحمد : وأهل المدينة يرون عليها الحد يذهبون لقول النبي صلى الله عليه وسلم : واغدي يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، وقد تقدم الجواب عن قولهم .

• مسألة ، قال (ولا ينزع عن إقراره حتى يتم عليه الحد)

وجملته : أن من شرط إقامة الحد بالإقرار البقاء عليه إلى تمام الحد فإن رجع عن إقراره أو هرب كف عنه ، وبهذا قال عطاء ويحيى بن معمر والزهرى وحماد ومالك والثوري والشافعى وإسحق وأبو حنيفة وأبو يوسف ، وقال الحسن وسعيد ابن جبير وابن أبي ليلى : يقام عليه الحد ولا يترك ، لأن ما عزا هرب فقتلوه . ولم يتركوه . وروى أنه قال : ردوني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قومي هم غررني من نفسي وأخبروني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غير قاتل فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه ، أخرجه أبو داود ، ولو قبل رجوعه لزمته ديته ، ولأنه حق وجب بإقراره فلم يقبل رجوعه كسائر الحقوق . وحكى عن الأوزاعي : أنه إن رجع حد للفرية على نفسه وإن رجع عن السرقة والشرب ضرب دون الحد .

ولنا : أن ما عزا هرب قد كرر النبي صلى الله عليه وسلم فقال : هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟ ، قال ابن عبد البر : ثبت من حديث أبي هريرة وجابر ونعيم بن هزال ونصر بن داهر وغيرهم : أن ما عزا لما هرب فقال لهم : ردوني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟ ، ففى هذا أوضح الدلائل على أنه يقبل رجوعه وعن بريدة قال : كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نتحدث أن الغامدية وما عزا بن مالك لو رجعا بهما اعترافهما أو قال لو لم يرجعا بعد

اعترافهما لم يطلبيهما وإنما رجعتهما عند الرابعة ، رواه أبو داود ولأن رجوعه شبهة .
والحدود تدراً بالشبهات ، ولأن الإقرار إحدى يمتنى الحد فيسقط بالرجوع عنه
كالبينة إذا رجعت قبل إقامة الحد وفارق سائر الحقوق فإنها لا تدراً بالشبهات وإنما
لم يجب ضمان ما عزر على الذين قتلوه بعد هربه ، لأنه ليس بصريح في الرجوع . إذا
ثبت هذا فإنه إذا هرب لم يتبع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « هلا تركتموه ؟ » ،
وإن لم يترك وقتل لم يضمن لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يضمن ما عزر من قتله
ولأن هربه ليس بصريح في رجوعه . وإن قال : ردوني إلى الحاكم وجب رده ولم
يجز إتمام الحد ، فإن أتم فلا ضمان على من أتمه لما ذكرنا في هربه ، وإن رجع
عن إقراره وقال : كذبت في إقرارى أو رجعت عنه أو لم أفعل ما أقررت به وجب
تركة فإن قتله قاتل بعد ذلك وجب ضمانه لأنه قد زال إقراره بالرجوع عنه فصار
كمن لم يقر ولا قصاص على قاتله لأن أهل العلم اختلفوا في صحة رجوعه فكان
اختلافهم شبهة دائمة للقصاص ، ولأن صحة الإقرار مما يخفى فيكون ذلك عذراً
مانعاً من وجوب القصاص .

« مسألة » قال (أو يشهد عليه أربعة رجال من المسلمين أحرار عدول
يصفون الزنا) .

ذكر الخرقى في شهود الزنا سبعة شروط :

أحدها : أن يكونوا أربعة وهذا إجماع لا خلاف فيه بين أهل العلم لقول الله
تعالى (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) وقال تعالى
(والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلده) وقال
تعالى (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم
الكاذبون) وقال سعد بن عباد لرسول الله صلى الله عليه وسلم « أرايت لو وجدت
مع امرأتى رجلاً أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : نعم ،
رواه مالك في الموطأ وأبو داود في سننه .

الشرط الثانى : أن يكونوا رجالاً كلهم ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال ولا نعلم
فيه خلافاً إلا شيئاً يروى عن عطاء وحامد أنه يقبل فيه ثلاثة رجال وامرأتان وهو
شدوذ لا يعول عليه لأن لفظ الأربعة اسم لعدد المذكورين ويقتضى أن يكنى

فيه بأربعة . ولا خلاف في أن الأربعة إذا كان بعضهم نساء لا يكتفى بهم وأن أقل ما يجزى خمسة وهذا خلاف النص ، ولأن في شهادتين شبهة لتطرق الضلال إليهن قال الله تعالى : (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى) والحدود تدراً بالشبهات .

الشرط الثالث : الحرية فلا تقبل فيه شهادة العبيد ولا نعلم في هذا خلافاً لإلرواية حكيت عن أحمد أن شهادتهم تقبل وهو قول أبي ثور لعموم النصوص فيه ولأنه عدل ذكر مسلم فتقبل شهادته كالحرة .

ولنا : أنه مختلف في شهادته في سائر الحقوق فيكون ذلك شبهة تمنع من قبول شهادته في الحد لأنه يتدرى بالشبهات .

الشرط الرابع : العدالة ولا خلاف في اشتراطها فإن العدالة تشترط في سائر الشهادات فمهما مع مزيد الاحتياط أولى فلا تقبل شهادة الفاسق ولا مستور الحال الذي لا تعلم عدالته لجواز أن يكون فاسقاً .

الشرط الخامس : أن يكونوا مسلمين ، فلا تقبل شهادة أهل الذمة فيه سواء كانت الشهادة على مسلم أو ذمى لأن أهل الذمة كفار لا تتحقق العدالة فيهم ولا تقبل روايتهم ولا أخبارهم الدينية فلا تقبل شهادتهم كعبدة الأوثان .

الشرط السادس : أن يصفوا الزنا فيقولوا : رأينا ذكره في فرجها كالمروء في المسكحلة والرشاء في البئر . وهذا قول معاوية بن أبي سفيان والزهرى والشافعى وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي لما روى في قصة ما عزم أنه لما أقر عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزنا فقال : أنكبتها ؟ فقال : نعم ؛ فقال : حتى غاب ذلك منك في ذلك منها كما يغيب المروء في المسكحلة والرشاء في البئر ؟ قال : نعم ، وإذا اعتبر التصريح في الإقرار كان اعتباره في الشهادة أولى .

وروى أبو داود بإسناده عن جابر قال : جاءت اليهود برجل منهم وامرأة زنيا فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اثبتوني بأعلم رجلين منكم فاتوه بابني صور يا فنشدهما كيف تجدان أمر هذين في التوراة ؟ قالا : نجد في التوراة إذا شهد أربعة أنهم رأوا

ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة رجماً . قال : فما يمنعكم أن ترجوهما ؛ قالاً : ذهب سلطاننا وكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشهود فجاء أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجمهما ، ولأنهم إذا لم يصفوا الزنا احتمل أن يكون المشهود به لا يوجب الحد فاعتبر كشفه . قال بعض أهل العلم يجوز للشهود أن ينظروا إلى ذلك منهما لإقامة الشهادة عليهما ليحصل الردع بالحد ، فإن شهدوا أنهم رأوا ذكره قد غيبه في فرجها كفى والتشبيه تأكيد : وأما تعيينهم المزنى بها أو الزانى إن كانت الشهادة على امرأة ومكان الزنا فذكر القاضى : أنه يشترط لثلاث تكون المرأة ممن اختلف في إباحتها ، ويعتبر ذكر المكان لثلاث تكون شهادة أحدهم على غير الفعل الذى شهد به الآخر . ولهذا سأل النبي صلى الله عليه وسلم ما عزأ فقال : « إنك أقررت أربعاً فبمن ؟ »

وقال ابن حامد لا يحتاج إلى ذكر هذين لأنه لا يعتبر ذكرهما في الإقرار . ولم يأت ذكرهما في الحديث الصحيح وليس في حديث الشهادة في رجم اليهوديين ذكر المكان ولأن ما لا يشترط فيه ذكر الزمان لا يشترط فيه ذكر المكان كالنكاح ويبطل ما ذكره بالزمان .

الشرط السابع : مجيء الشهود كلهم في مجلس واحد ذكره الخرقى فقال : وإن جاء أربعة متفرقين والحاكم جالس في مجلس حكمه لم يقم قبل شهادتهم . وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قدفة وعليهم الحد وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعى والبتى وابن المنذر لا يشترط ذلك لقول الله تعالى (لولا جاؤا عليه بأربعة شهداء) ولم يذكر المجلس وقال تعالى (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فامسكوهن في البيوت) ولأن كل شهادة مقبولة إن اتفقت تقبل إذا اختلفت في مجالس كسائر الشهادات .

ولنا : أن أبا بكره ونافعاً وشبل بن معبد شهدوا عند عمر على المغيرة بن شعبة بالزنا ولم يشهد زياد فحد الثلاثة ولو كان المجلس غير مشروط لم يجوز أن يخدم لجواز أن يكملوا برابع في مجلس آخر . ولأنه لو شهد ثلاثة لخدم ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته . ولولا اشتراط المجلس لأكملت شهادتهم وبهذا فارق سائر الشهادات .

وأما الآية فإنها لم تتم من الشروط . ولهذا لم تذكر العدالة وصفة الزنا ولأن قوله (ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم) لا يخلو من أن يكون مطلقاً في الزمان كله أو مقيداً ، لا يجوز أن يكون مطلقاً لأنه يمنع من جواز جلدهم لأنه ما من زمن إلا يجوز أن يأتي فيه بأربعة شهداء أو بكاملهم إن كان قد شهد بعضهم . فيمتنع جلدهم للمأمور به فيكون تناقضاً . وإذا ثبت أنه مقيد فأولى ما قيد بالمجلس لأن المجلس كله بمنزلة الحال الواحدة ولهذا ثبت فيه خيار المجلس واكتفى فيه بالقبض فيما يعتبر القبض فيه ، إذا ثبت هذا فإنه لا يشترط اجتماعهم حال مجيئهم ولو جاءوا متفرقين واحداً بعد واحد في مجلس واحد قبل شهادتهم ، وقال مالك وأبو حنيفة إن جاءوا متفرقين فهم قذفة لأنهم لم يجتمعوا في مجيئهم فلم تقبل شهادتهم كالذين لم يشهدوا في مجلس واحد

ولنا . قصة المغيرة فإن الشهود جاءوا واحداً بعد واحد وسمعت شهادتهم وإنما حددوا لعدم كمالها وفي حديثه أن أبا بكر قال : رأيت إن جاء آخر يشهد أكنت ترجمه ؟ قال عمر أي والذي نفسي بيده . ولأنهم اجتمعوا في مجلس واحد أشبه ما لو جاءوا وكانوا مجتمعين ولأن المجلس كله بمنزلة ابتدائه لما ذكرناه . وإذا تفرقوا في مجالس فعليهم الحد لأن من شهد بالزنا ولم يكمل الشهادة يلزمه الحد لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة)

(فصل) وإذا لم تكمل شهود الزنا فعليهم الحد في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وذكر أبو الخطاب فيهم روايتين ، وحكى عن الشافعي فيهم قولان

أحدهما : لا حد عليهم لأنهم شهدوا فلم يجب عليهم الحد كما لو كانوا أربعة أحدهم فأسق

ولنا : قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) وهذا يوجب الجلد على كل رام لم يشهد بما قال أربعة ، ولأنه إجماع الصحابة . فإن عمر جلد أبا بكر وأصحابه حين لم يكمل الرابع شهادته بمحضر من الصحابة فلم ينكره أحد

وروى صالح في مسائله بإسناده عن أبي عثمان النهدي قال : جاء رجل إلى عمر فشهد

على المغيرة بن شعبة فتغير لون عمر ثم جاء آخر فشهد فتغير لون عمر ثم جاء آخر فشهد فاستكبر ذلك عمر ثم جاء شاب يخطر بیده فقال عمر ما عندك يا سلع العقاب ؟ وصاح به عمر صيحة فقال أبو عثمان : والله لقد كدت يغشى على فقال يا أمير المؤمنين رأيت أمراً قبيحاً فقال : الحمد لله الذي لم يشمت الشيطان بأصحاب محمد صلى الله عليه وسلم قال فأمر بأولئك النفر فجلدوا

وفي رواية أن عمر لما شهد عنده على المغيرة شهد ثلاثة وبقي زياد فقال عمر أرى شاباً حسناً وأرجو أن لا يفضح الله على لسانه رجلاً من أصحاب محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا أمير رأيت أستا تنبو ونفساً يعلو ورأيت رجلاً فوق عنقه كأنهما أذنا حمار ولا أدري ما وراء ذلك ؟ فقال عمر الله أكبر وأمر بالثلاثة فضربوا وقول عمر يا سلع العقاب معناه أنه يشبه سلع العقاب الذي يحرق كل شيء أصابه . كذلك هذا توقع العقوبة بأحد الفريقين لا محالة إن كملت شهادته حد المشهود عليه وإن لم تكمل حد أصحابه . فإن قيل فقد خالفهم أبو بكر وأصحابه الذين شهدوا ، قلنا لم يخالفوا في وجوب الحد عليهم إنما خالفهم في صحة ما شهدوا به ولأنه رام بالزنا لم يأت بأربعة شهداء فيجب عليه الحد كما لو لم يأت بأحد .

(فصل) وإنكملوا أربعة غير مرضيين أو واحد منهم . كالعبيد والفساق والعميان ففيهم ثلاث روايات . إحداهن : عليهم الحد وهو قول مالك قال القاضي هذا الصحيح لأنها شهادة لم تكمل فوجب الحد على الشهود كما لو كانوا ثلاثة .

والثانية : لا حد عليهم وهو قول الحسن والشعبي وأبي حنيفة ومحمد : لأن هؤلاء قد جاءوا بأربعة شهداء فدخلوا في عموم الآية . لأن عددهم قد كمل ورد الشهادة لمعنى غير تفريطهم فأشبهه ما لو شهد أربعة مستورون . ولم تثبت عدالتهم ولا فسقهم .

الثالثة : إن كانوا عمياناً أو بعضهم جلدوا وإن كانوا عبيداً أو فسقا فلا حد عليهم ، وهو قول الثوري وإسحاق لأن العميان معنوم كذبهم لأنهم شهدوا بما لم يروه يقيناً والآخرين يجوز صدقهم ، وقد كمل عددهم فأشبهوا مستوري الحال ، وقال أصحاب الشافعي : إن كان رد الشهادة لمعنى ظاهر كالعمى والرق والفسق الظاهر ففيهم قولان ، وإن كان لمعنى خفي فلا حد عليهم لأن ما يخفى يخفى على

الشهود فلا يكون ذلك تفريطاً منهم بخلاف ما يظهر ، وإن شهد ثلاثة رجال وامرأتان حد الجميع . لأن شهادة النساء في هذا الباب كعدمها ، وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي ، وهذا يقوى رواية إيجاب الحد على الأولين وينبه على إيجاب الحد فيما إذا كانوا عمياناً أو أحدهم لأن المرأتين يحتمل صدقتهما وهما من أهل الشهادة في الجمله . والاعمى كاذب يقيناً وليس من أهل الشهادة على الأفعال فوجوب الحد عليهم وعلى من معهم أولى .

(فصل) وإن رجعوا عن الشهادة أو واحد منهم فعلى جميعهم الحد في أصح الروايتين . وهو قول أبي حنيفة ، والثانية : يحد الثلاثة دون الراجع وهذا اختيار أبي بكر وابن حامد ، لأنه إذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله فيسقط عنه الحد ، ولأن في درء الحد عنه تمكيناً له من الرجوع الذي يحصل به مصلحة المشهود عليه وفي إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع خوفاً من الحد فتفوت تلك المصلحة وتحقق المفسدة فناسب ذلك نفي الحد عنه ، وقال الشافعي يحد الراجع دون الثلاثة لأنه مقر على نفسه بالكذب في قذفه ، وأما الثلاثة فقد وجب الحد بشهادتهم وإنما سقط بعد وجوبه برجوع الراجع ومن وجب الحد بشهادتهم يكن قاذفاً فلم يحد كما لو لم يرجع .

ولنا : أنه نقص العدد بالرجوع قبل إقامة الحد فلهذا يحد كالو شهد ثلاثة وامتنع الرابع من الشهادة ، وقولهم وجب الحد بشهادتهم يبطل بما إذا رجعوا كلهم وبالراجع وحده فإن الحد وجب ثم سقط ووجب الحد عليهم بسقوطه ولأن الحد إذا وجب على الراجع مع المصلحة في رجوعه وإسقاط الحد عن المشهود عليه بعد وجوبه وإحيائه المشهود عليه بعد إشرافه على التلف ، فعلى غيره أولى

(فصل) وإذا شهد اثنان أنه زنى بها في هذا البيت واثنان أنه زنى بها في بيت آخر أو شهد كل اثنين عليه بالزنا في بلد غير البلد الذي شهد به صاحباها أو اختلفوا في اليوم فالجميع قذفة وعليهم الحد ، وبهذا قال مالك والشافعي واختار أبو بكر أنه لا حد عليهم . وبه قال النخعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، لأنهم كلوا أربعة .

ولنا : أنه لم يكمل أربعة على زنا واحد فوجب عليهم الحد كما لو انفرد بالشهادة اثنان وحدهما فأما المشهود عليه فلا حد عليه في قولهم جميعاً . وقال أبو بكر : عليه الحد وحكاه قولاً لأحمد . وهذا بعيد فإنه لم يثبت زنا واحد بشهادة أربعة فلم يجب الحد ولأن جميع ما يعتبر له البينة يعتبر كالحاق في حق واحد فالواجب للحد أولى لأنه مما يحتاج له ويندرى بالشبهات ، وقد قال أبو بكر : أنه لو شهد اثنان أنه زنى بامرأة بيضاء وشهد اثنان أنه زنى بسوداء فهم قذفة ذكره القاضى عنه وهذا ينقض قوله .

(فصل) وإن شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت وشهد اثنان أنه زنى بها في زاوية منه أخرى . وكانت الزاويتان متباعدتين فالقول فيهما كالقول في البيتين وإن كانتا متقاربتين كملت شهادتهما وحد المشهود عليه ، وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى لا حد عليه لأن شهادتهما لم تكمل ولأنهم اختلفوا في المكان فأشبه ما لو اختلفا في البيتين وعلى قول أبي بكر تكمل الشهادة سواء تقاربت الزاويتان أو تباعدتا .

ولنا : أنهما إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود بأن يكون ابتداء الفعل في إحداها وتماه في الأخرى أو ينسبه كل اثنين إلى إحدى الزاويتين لقربه منها فيجب قبول شهادتهما كما لو اتفقوا بخلاف ما إذا كانتا متباعدتين فإنه لا يمكن كون المشهود به فعلاً واحداً ، فإن قيل فقد يمكن أن يكون المشهود به فعلين فلم أوجدتم الحد مع الاحتمال والحد يدرأ بالشبهات ؟ قلنا ليس هذا بشبهة بدليل ما لو اتفقوا على موضع واحد فإن هذا يحتمل فيه والحد واجب ، والقول في الزمان كالقول في هذا وأنه متى كان بينهما زمن متباعد لا يمكن وجود الفعل الواحد في جميعه كطرفي النهار لم تكمل شهادتهما ومتى تقاربا كملت شهادتهما والله أعلم .

(فصل) وإن شهد اثنان أنه زنى بها في قيص أبيض وشهد اثنان أنه زنى بها في قيص أحر أو شهد اثنان أنه زنى بها في ثوب كتان وشهد اثنان أنه زنى بها في ثوب خز كملت شهادتهما وقال الشافعى لا تكمل لتنافي الشهادتين .

ولنا : أنه لا تنافي بينهما فإنه يمكن أن يكون عليه قيصان فذكر كل اثنين واحداً

وتركا ذكر الآخر ويمكن أن يكون عليه قيص أبيض وعليها قيص أحمر وإذا أمكن التصديق لم يحز التكذيب .

(فصل) وإن شهد إثنان أنه زنى بها مكرهة وشهد إثنان أنه زنى بها مطاوعة فلا حد عليها إجماعا فإن الشهادة لم تسكمل على فعل موجب للحد ، وفي الرجل وجهان .

أحدهما : لا حد عليه وهو قول أبي بكر والقاضي وأكثر الأصحاب وقول أبي حنيفة وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن البينة لم تسكمل على فعل واحد فإن فعل المطاوعة غير فعل المكرهة ولم يتم العدد على كل واحد من الفعلين ولأن كل شاهدين منهما يكذبان الآخرين وذلك يمنع قبول الشهادة أو يكون شبهة في درء الحد ولا يخرج عن أن يكون قول واحد منهما مكذبا للآخر إلا بتقدير فعلين تكون مطاوعة في أحدهما مكرهة في الآخر وهذا يمنع كون الشهادة كالة على فعل واحد ولأن شاهدي المطاوعة قاذبان لها ولم تسكمل البينة عليها فلا تقبل شهادتهما على غيرها .

والوجه الثاني : يجب الحد عليه لإختاره أبو الخطاب وهو قول أبي يوسف ومحمد ، ووجه ثان للشافعي لأن الشهادة كملت على وجود الزنا منه واختلافهما إنما هو في فعلها لا في فعله فلا يمنع كمال الشهادة عليه وفي الشهود ثلاثة أوجه أحدهما : لا حد عليهم وهو قول من أوجب الحد على الرجل بشهادتهم والثاني : عليهم الحد لأنهم شهدوا بالزنا ولم تسكمل شهادتهم فلزمهم الحد كما لو لم يكمل عددهم والثالث : يجب الحد على شاهدي المطاوعة لأنهما قذفا المرأة بالزنا ولم تسكمل شهادتهم عليها ولا يجب على شاهدي الإكراه لأنهما لم يقذفا المرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل وإنما انتفى عنه الحد للشبهة .

(فعمل) وإذا تمت الشهادة بالزنا فصدقهم المشهود عايه بالزنا لم يسقط الحد وقال أبو حنيفة يسقط لأن شرط صحة البينة الإنكار وما كل الإقرار .

ولنا : قول الله تعالى (فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا) وبين النبي صلى الله عليه وسلم السبيل بالحد فتجب إقامته ولأن البينة تمت عليه فوجب الحد كما لو لم يعترف ولأن البينة إحدى حجتي الزنا

فلم يبطل بوجود الحجة الأخرى أو بعضها كالإقرار ، يحققه أن وجود الإقرار يؤكد البينة ويوافقها ولا يناقضها فلا يقدح فيها كتزكية الشهود والثناء عليهم ، ولا نسلم اشتراط الإنكار وإنما يكفي بالإقرار في غير الحد إذا وجد بكامله وههنا لم يكمل فلم يحز الاكتفاء به ووجب سماع البينة والعمل بها ، وعلى هذا لو أقر مرة أو دون الأربع لم يمنع ذلك سماع البينة عليه ولو تمت البينة عليه وأقر على نفسه إقراراً تاماً ثم رجع عن إقراره لم يسقط عنه الحد برجوعه وقوله يقتضى خلاف ذلك .

(فصل) وإن شهد شاهدان واعترف هو مرتين لم تكمل البينة ولم يجب الحد ، لا نعلم في هذا خلافاً بين من اعتبر إقرار أربع مرات وهو قول أصحاب الرأي لأن إحدى الحجتين لم تكمل ولا تلتق إحداهما بالأخرى كإقرار بعض مرة .

(فصل) وإن كملت البينة ثم مات الشهود أو غابوا جاز الحكم بها وإقامة الحد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز الحكم لجواز أن يكونوا رجعوا وهذه شبهة تدرك الحد .

ولنا : أن كل شهادة جاز الحكم بها مع حضور الشهود جاز مع غيبتهم كسائر الشهادات ، واحتمال رجوعهم ليس بشبهة كما لو حكم بشهادتهم .

(فصل) وإن شهدوا بزنا قديم أو أقر به وجب الحد بهذا قال مالك والأوزاعي والثوري وإسحاق وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة لا أقبل بينة على زنا قديم وأحده بالإقرار به وهذا قول ابن حامد وذكره ابن أبي موسى مذهباً لأحمد لما روى عن عمر أنه قال : أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرة فإنما هم شهود غفغف ولأن تأخيرهم للشهادة إلى هذا الوقت يدل على التهمة فيدرك ذلك الحد .

ولنا : عموم الآية وأنه حق يثبت على الفور فيثبت بالبينة بعد تطاول الزمان كسائر الحقوق ، والحديث رواه الحسن ومرسله ومراسيل الحسن ليست بالقوية والتأخير يجوز أن يكون لعذر أو غيبة والحد لا يسقط بمطلق الإحتمال فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلاً .

(فصل) وتجوز الشهادة بالحد من غير مدع لا نعلم فيه اختلافاً ونص عليه أحمد واحتج بقضية أبي بكر حين شهد هو وأصحابه على المغيرة من غير تقدم

دعوى وشهد الجارود وصاحبه على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ولم يتقدمه دعوى ، ولأن الحد حق لله تعالى فلم تفتقر الشهادة به الى تقدم دعوى كالعبادات يبينه أن الدعوى في سائر الحقوق إنما تكون من المستحق وهذا لا حق فيه لأحد من الأدميين فيدعيه ، فلو وقعت الشهادة على الدعوى لامتعت إقامتها .

إذا ثبت هذا فإن من عنده شهادة على حد فالمستحب أن لا يقيمها لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ستر عورة مسلم في الدنيا ستره الله في الدنيا والآخرة ، وتجوز إقامتها لقول الله تعالى (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) ولأن الذين شهدوا بالحد في عصر النبي (ص) وأصحابه لم تنكر عليهم شهادتهم .

ويستحب الإمام وغيره التعريض بالوقوف عن الشهادة بدليل قول عمر لزياد إنى لأرى رجلاً أرجو أن لا يفضح الله على يديه رجلاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن تركها أفضل فلم يكن بأس بدلالته على الفضل . وقد روى أن رجلاً سأل عقبة بن عامر فقال إن لى جيرانا يشربون الخمر أأرفعهم الى السلطان فقال عقبة بن عامر إنى سمعت رسول الله (ص) يقول : من ستر عورة مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة .

(فصل) وان شهد أربعة على امرأة بالزنا فشهد ثقات من النساء أنها عذراء فلا حد عليها ولا على الشهود ، وبهذا قال الشعبي والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك عليها الحد لأن شهادة النساء لا مدخل لها في الحدود فلا تسقط بشهادتهن .

ولنا أن البكارة تثبت شهادة النساء ووجودها يمنع من الزنا ظاهراً لأن الزنا لا يحصل بدون الإبلاج في الفرج ولا يتصور ذلك مع بقاء البكارة لأن البكر هي التي لم توطأ في قبلها وإذا اتقى الزنا لم يجب الحد كما لو قامت البينة بأن المشهود عليه بالزنا مجبوب ، وإنما لم يجب الحد على الشهود لكمال عدتهم مع احتمال صدقهم فإنه يحتمل أن يكون وطئها ثم عادت عذرتها فيكون ذلك شبهة في درء الحد عنهم غير موجب له عليها فإن الحد لا يجب بالشبهات ، ويجب أن يكتفى بشهادة امرأة واحدة لأن شهادتها مقبولة فيها لا يطلع عليه الرجال .

فأما ان شهدت بأنها ارتقاء أو ثبت أن الرجل المشهود عليه محبوب فينبغي أن يجب الحد على الشهود لأنه يتيقن كذبهم في شهادتهم بأمر لا يعلمه كثير من الناس فوجب عليهم الحد .

(فصل) إذا شهد أربعة على رجل أنه زنى بإمرأة وشهد أربعة آخرون على الشهود أنهم هم الزناة بها لم يجب الحد على أحد منهم ، وهذا قول أبي حنيفة لأن الأولين قد جرحهم الآخرون بشهادتهم عليهم والآخرون تنطرق اليهم التهمة . واختار أبو الخطاب وجوب الحد على الشهود الأولين لأن شهادة الآخرين صحيحة فيجب الحكم بها ، وهذا قول أبي يوسف .

وذكر أبو الخطاب في صدر المسألة كلاماً معناه لا يحد أحد منهم حد الزنا ، وهل يحد الأولون حد القذف ؟ على وجهين بناء على القاذف إذا جاء بجيء الشاهد هل يحد ؟ على روايتين .

(فصل) وكل زنا أوجب الحد لا يقبل فيه إلا أربعة شهود باتفاق العلماء لتناول النص له بقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ويدخل فيه اللواط ووطء المرأة في دبرها لأنه زنا .

وعند أبي حنيفة يثبت بشاهدين بناء على أصله في أنه لا يوجب الحد ، وقد بينا وجوب الحد به ويخص هذا بأن الوطء في الدبر فاحشة بدليل قوله تعالى (أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين ؟) وقال الله تعالى (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) فإذا وطئت في الدبر دخلت في عموم الآية ، ووطء البهيمة إن قلنا بوجوب الحد به لم يثبت إلا بشهود أربعة وإن قلنا لا يوجب إلا التعزير فقيه وجهان .

أحدهما : يثبت بشاهدين لأنه لا يوجب الحد فيثبت بشاهدين كسائر الحقوق والثاني : يثبت بأربعة وهو قول القاضى لأنه فاحشة ولأنه إيلاج في فرج محرم فأشبه الزنا ، وعلى قياس هذا كل وطء لا يوجب الحد ويوجب التعزير ، كوطء الأمة المشتركة وأمتة المزدوجة ، فإن لم يكن وطئاً كالمباشرة دون الفرج ونحوها ثبت بشاهدين وجهاً واحداً لأنه ليس بوطء فأشبه سائر الحقوق .

(فصل) ولا يقيم الإمام الحد بعلمه ، وروى ذلك عن أبي بكر الصديق

رضى الله عنه، وبه قال مالك وأصحاب الرأي، وهو أحد قولى الشافعى، وقال فى الآخر له إقامته بعلمه: وهو قول أبى ثور لأنه اذا جازت له إقامته بالبينه والاعتراف الذى لا يفيد إلا الظن فيها يفيد العلم أولى

ولنا: قول الله تعالى (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) وقال تعالى (فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) وقال عمر: أو كان الحبل أو الاعتراف ولأنه لا يجوز له أن يتكلم به ولو رماه بما عليه منه لكان قاذفا يلزمه حد القذف فلم تجز إقامة الحد به كقول غيره ولأنه اذا حرم النطق به فالعمل به أولى. فاما السيد اذا علم من عبده أو جاريته ما يوجب الحد عليه فهل له إقامته عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يملك إقامته عليه لما ذكرنا فى الامام ولأن الامام اذا لم يملك إقامته بعلمه مع قوة ولايته والاتفاق على تفويض الحد اليه فغيره أولى.

والثانى: يملك ذلك لان السيد يملك تأديب عبده بعلمه، وهذا يجرى مجرى التأديب ولان السيد أخص بعبده وانتم ولاية عليه وأشفق من الامام على سائر الناس (فصل) واذا احبلت امرأة لا زوج لها ولا سيد لم يلزمها الحد بذلك، وتسأل فان ادعت انها اكرهت او وطئت بشبهة او لم تعترف بالزنا لم تحدد، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى، وقال مالك: عليها الحد اذا كانت مقيمة غير غريبة الا ان تظهر امارات الاكراه بأن تأتى مستغيثة او صارخنة لقول عمر رضى الله عنه والرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصناً اذا قامت بينة او كان الحبل أو الاعتراف

وروى ان عثمان أتى بامرأة ولدت لسته اشهر فأمر بها عثمان ان ترجم؛ فقال على ليس لك عليها سبيل قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً (وهذا يدل على انه كان يرجها بحملها: وعن عمر نحو من هذا

وروى: عن على رضى الله عنه انه قال: يا ايها الناس ان الزنا زنا ان زنا سر وزنا علانية فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمى، وزنا العلانية ان يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الامام اول من يرمى وهذا قول سادة الصحابة ولم يظهر لهم فى عصرهم مخالف فيكون اجماعاً.

ولنا أنه يحتمل أنه من وطء إكراه أو شبهة والحد يسقط بالشبهات ، وقد قيل ان المرأة تحمل من غير وطء بأن يدخل ماء الرجل في فرجها إما بفعلها أو فعل غيرها ولهذا تصور حمل البكر فقد وجد ذلك .

وأما قول الصحابة فقد اختلفت الرواية عنهم فروى سعيد حدثنا خلف بن خليفة حدثنا هاشم أن امرأة رفعت الى عمر بن الخطاب ليس لها زوج وقد حملت فسألها عمر فقالت إني امرأة ثقيلة الرأس وقع على رجل وأنا نائمة فما استيقظت حتى فرغ فدرأ عنها الحد .

وروى البراء بن صبرة عن عمر : أنه أتى بامرأة حامل فادعت أنها أكرهت فقال خل سبيلها وكتب الى أمراء الأجناد أن لا يقتل أحد إلا بإذنه ، وروى عن علي وابن عباس أنهما قالا : إذا كان في الحد لعل رعى فهو معطل .

وروى الدارقطني بإسناده عن عبد الله بن مسعود ومعاذ بن جبل وعقبة بن عامر أنهم قالوا إذا أشبهه عليك الحد فادرا ما استطعت ولا خلاف في أن الحد يدرا بالشبهات وهي متحققة هنا .

(فصل) وإذا استأجر امرأة لعمل شيء فزنى بها أو استأجرها ليزنى بها وفعل ذلك أو زنى بامرأة ثم تزوجها أو اشترأها فعليهما الحد ، وبه قال أكثر أهل العلم ، وقال أبو حنيفة لا حد عليهما في هذه المواضع لأن ملكه لمنفعتي شبهة دارمة لأحد ولا يحسد بوطء امرأة وهو مالك لها .

ولنا : عموم الآية والأخبار ووجود المعنى المقتضى لوجوب الحد ، وقولهم ان ملكه لمنفعتي شبهة ليس بصحيح فإنه اذا لم يسقط عنه الحد ببذلها نفسها له ومطاوعتها إياه فلأن لا يسقط بملكه نفع محل آخر أولى ، وما وجب الحد عليه بوطء مملوكته وإنما وجب بوطء أجنبية فتغير حالها لا يسقطه كالماتت .

(فصل) وإذا وطئ امرأة له عليها القصاص وجب عليه الحد لأنه حق له عليها فلا يسقط الحد عنه كالدين .

مسألة ، قال (ولو رجم باقرار فرجع قبل أن يقتل كف عنه وكذلك ان رجع بعد أن جلد وقبل كمال الحد خلى)

قد تقدم شرح هذه المسألة وذكرنا أن المقر بالحد متى رجع عن اقراره ترك وكذلك ان أتى بما يدل على الرجوع مثل الهرب لم يطلب لأن ما عزا لما هرب قال النبي صلى الله عليه وسلم « هلا تركتموه ؟ » ، ولأن من قبل رجوعه قبل الشروع في الحد قبل بعد الشروع فيه كالبينة .

(فصل) ويستحب للإمام أو الحاكم الذي يثبت عنده الحد بالاقرار التعريض له بالرجوع اذا تم والوقوف عن امامه اذا لم يتم كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أعرض عن ما عزا حين أقر عنده ثم جاء من الناحية الأخرى فأعرض عنه حتى تم اقراره أربعاً ثم قال « لعلك قبلت لعلك لمست » .

وروى أنه قال للذي أقر بالسرقة « ما إخالك فعلت » رواه سعيد عن سفيان عن يزيد بن خصيفة عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال حدثنا هشيم عن الحكم بن عتيبة عن يزيد بن أبي كبشة عن أبي الدرداء أنه أتى بجارية سوداء سرقت فقال لها أسرقت ؟ قولي : لا . فقالت لا : نخلي سبيلها ولا بأس أن يعرض بعض الحاضرين له بالرجوع أو بأن لا يقر .

وروينا عن الأحنف : أنه كان جالسا عند معاوية فأتى بسارق فقال له معاوية أسرقت ؟ فقال له بعض الشرطة أصدق الأمير فقال الأحنف الصدق في كل المواطن معجزه فعرض له بترك الاقرار .

وروى عن بعض السلف أنه قال لا يقطع ظريف يعني به أنه اذا قامت عليه بيعة ادعى شبهة تدفع عنه القطع فلا يقطع ، ويكره لمن علم حاله أن يحشه على الاقرار لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال له زال وقد كان قال لما عزا بادر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن ينزل فيك قرآن « ألا سترته بشوبك كان خيراً لك ؟ » رواه سعيد .

وروى بإسناده أيضا عن سعيد بن المسيب قال جاء ما عزا بن مالك الى عمر بن الخطاب فقال له انه أصاب فاحشة فقال له أخبرت بهذا أحداً قبلي قال لا . قال فاستتر بستر الله وتب الى الله فإن الناس يعيرون ولا يغيرون والله يغير ولا يغير فتب الى الله ولا تخبر به أحداً فانطلق الى أبي بكر فقال له مثل ما قال عمر فلم تقره نفسه حتى أتى رسول الله (ص) فذكر له ذلك .

« مسألة ، قال (ومن زنى مراراً ولم يجد لحد واحد)

وجملته أن ما يوجب الحد من الزنا والسرقة والقذف وشرب الخمر إذا تكرر قبل إقامة الحد أجزاء حد واحد بغير خلاف علمناه ، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، منهم عطاء والزهرى ومالك وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف وهو مذهب الشافعى ، وإن أقيم عليه الحد ثم حدثت منه جناية أخرى فقيها حدها ، لا نعلم فيه خلافاً ، وحكاها ابن المنذر عن يحفظ عنه ، وقد سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة تزنى قبل أن تحصن قال : ان زنت فاجلدوها ، ثم ان زنت فاجلدوها ، ثم ان زنت فاجلدوها ، ولأن تداخل الحدود إنما يكون مع اجتماعها ، وهذا الحد الثانى وجب بعد سقوط الاول باستيفائه ، وإن كانت الحدود من أجناس مثل الزنا والسرقة وشرب الخمر أقيمت كلها إلا أن يكون فيها قتل ، فإن كان فيها قتل اكتفى به لأنه لا حاجة معه إلى الزجر بغيره ، وقد قال ابن مسعود : ما كانت حدود فيها قتل إلا أحاط القتل بذلك كله ، وإن لم يكن فيها قتل استوفيت كلها وبدىء بالاخف فالاخف ، فيبدأ بالجلد ثم بالقطع ويقدم الاخف فى الجلد على الاثقل ، فيبدأ فى الجلد بحد الشرب ثم بحد القذف إن قلنا انه حق لله تعالى ثم بحد الزنا ، وإن قلنا ان حد القذف حق لأدمى قدمناه ، ثم بحد الشرب ثم بحد الزنا

« مسألة ، قال (وإذا تحاكم البنا أهل الذمة حكمنا عليهم بحكم الله تعالى علينا)

وجملة ذلك أنه إذا تحاكم البنا أهل الذمة أو استعدى بعضهم على بعض فالحاكم مخير بين احضارهم والحكم بينهم وبين تركهم ، سواء كانوا من أهل دين واحد أو من أهل أديان .

هذا المتخصص عن أحمد وهو قول النخعى وأحد قولى الشافعى

وحكى ابو الخطاب عن احمد رواية اخرى انه يحب الحكم بينهم ، وهذا القول

الثانى للشافعى ، واختيار المزنى لقول الله تعالى (وإن احكم بينهم بما أنزل الله) ولأنه يلزمه دفع من قصد واحداً منهما بغير حق فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين .

ولنا قول الله تعالى (فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) فخير بين الأمرين ، ولا خلاف في أن هذه الآية نزلت فبمن وادعه رسول الله (ص) من يهود المدينة ، ولأنها كافرين فلا يجب الحكم بينهما كالمعاهدين ، والآية التي احتجوا بها محمولة على من اختار الحكم بينهم لقوله تعالى (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) جمعاً بين الآيتين ، فإنه لا يهتد إلى النسخ مع إمكان الجمع ، فإذا ثبت هذا فإنه إذا حكم بينهم لم يحز له الحكم إلا بحكم الاسلام للآيتين ، ولأنه لا يجوز له الحكم إلا بالقسط كما في حق المسلمين ، ومتى حكم بينهما ألزمهما حكمه ، ومن امتنع منهما أجبره على قبول حكمه وأخذه به . لأنه إنما دخل في العهد بشرط التزام أحكام الاسلام .

قال أحمد : لا يبحث عن أمرهم ولا يستل عن أمرهم إلا أن يأتوا هم ، فإن ارتفعوا اليينا أقمنا عليهم الحد على ما فعل النبي صلى الله عليه وسلم وقال أيضاً حكمنا يلزمهم وحكمنا جائز على جميع الملل ولا يدعوها الحاكم ، فإن جاءوا حكمنا بحكمنا إذا ثبت هذا فإنه إذا رفع إلى الحاكم من أهل الذمة من فعل محرماً يوجب عقوبة عما هو محرم عليهم في دينهم كالزنا والسرقة والقذف والقتل فعليه إقامة حده عليه فإن كان زناً جلد إن كان بكراً وغرباً عاماً ، وإن كان محصناً رجم لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى يهوديين فجرا بعد إحصانها فأمر بهما فرجما .

وعن ابن عمر أن اليهود جاءوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا له : إن رجلاً منهم وامراًة زنيا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما تجدون في التوراة في شأن الرجم ؟ فقالوا نفضحهم ويجلدون . قال عبد الله بن سلام : كذبتهم إن فيها الرجم ، فأتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها ، فقال عبد الله بن سلام ارفع يدك ، فرفع يده فاذا فيها آية الرجم ، فقالوا صدق يا محمد فيها آية الرجم ، فأمر بهما رسول الله (ص) متفق عليه . وروى أنس : أن يهودياً قتل جارية على أوصاح لها بحجر فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين ، متفق عليه . وإن كان يعتقد إباحته كشرب الخمر

لم يحد لأنه لا يعتقد تحريمه فلم يلزمه عقوبته كالكفر ، وإن تظاهر به غزر لأنه أظهر منكراً في دار الاسلام فعزر عليه كالمسلم .

(فصل) وإن تحاكم مسلم وذمى وجب الحكم بينهم بغير خلاف لأنه يجب دفع ظلم كل واحد منهما عن صاحبه .

« مسالة ، قال (وإذا قذف بالغ حراً مسلماً أو حرة مسلمة جلد ثمانين)

القذف هو الرمي بالزنا وهو محرم باجماع الامة والاصل في تحريمه الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) وقال سبحانه (ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والاخرة ولهم عذاب عظيم)

وأما السنة فقول النبي (ص) « اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا وما هن يا رسول الله ؟ قال : الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات ، متفق عليه ، والمحصنات ههنا العفاف ، والمحصنات في القرآن جاءت بأربعة معان : أحدها : هذا ، والثاني : بمعنى المزوجات كقوله تعالى (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) وقوله تعالى (محصنات غير مسافحات) والثالث بمعنى الحرائر كقوله تعالى : ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات) وقوله سبحانه (والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) وقوله (فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب) . والرابع بمعنى الاسلام كقوله (فإذا أحسن) قال ابن مسعود إحصانها إسلامها ، وأجمع العلماء على وجوب الحد على من قذف المحصن إذا كان مكلفاً .

وشرائط الإحصان الذي يجب الحد بقذف صاحبه خمسة : العقل والحرية والاسلام والعفة عن الزنا ، وأن يكون كبيراً بجامع مثله ، وبه يقول جماعة العلماء قديماً وحديثاً سوى ما روى عن داود أنه أوجب الحد على قاذف العبد ، وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى قالوا : إذا قذف ذمية ولها ولد مسلم يحد والأول أولى

لأن من لا يحد قاذفه إذا لم يكن له ولد لا يحد وله ولد كالمجنونة ، واختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط البلوغ ، فروى عنه أنه شرط ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأنه أحد شرطى التكليف فأشبهه العقل ، ولأن زنا الصبي لا يوجب حداً فلا يجب الحد بالقذف به كزنا المجنون ، والثانية لا يشترط لأنه حر عاقل عفيف يتعير بهذا القول الممكن صدقه فأشبهه الكبير ، وهذا قول مالك وإسحاق ، فعلى هذه الرواية لا بد أن يكون كبيراً يجمع مثله ، وأدناه أن يكون للغلام عشر وللجارية تسع .

(فصل) ويجب الحد على قاذف الخصي والمجبوب والمريض المدنف والرتقاء والقرناء ، وقال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي : لا حد على قاذف مجبوب . قال ابن المنذر وكذلك الرتقاء ، وقال الحسن : لا حد على قاذف الخصي لأن العار منتف عن المقذوف بدون الحد للعلم بكذب القاذف والحد إنما يجب لتفى العار . ولنا عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) والرتقاء داخلة في عموم هذا : ولأنه قاذف لمحصن فيلزمه الحد كقاذف القادر على الوطء ، ولأن إمكان الوطء أمر خفي لا يعلمه كثير من الناس فلا ينتفى العار عند من لم يعلمه بدون الحد فيجب كقذف المريض .

(فصل) ويجب الحد على القاذف في غير دار الاسلام وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي : لا حد عليه لأنه في دار لا حد على أهلها . ولنا عموم قوله تعالى (والذين يرمون) الآية ، ولأنه مسلم مكلف قذف محصنا فأشبهه من في دار الاسلام .

(فصل) وقدر الحد ثمانون إذا كان القاذف حراً للآية والاجماع ، رجلاً كان أو امرأة ، ويشترط أن يكون بالغاً عاقلاً غير مكره لأن هذه مشرطة لكل حد

مسألة ، قال (إذا طالب المقذوف ولم يكن للقاذف بينة)

وجملته أن يعتبر لإقامة الحد بعد تمام القذف بشروطه شرطان . أحدهما مطالبة المقذوف لأنه حق له فلا يستوفى قبل طلبه كسائر حقوقه . والثاني : أن لا يأتى ببينة لقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم

يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم) فيشترط في جلد عم البينة وكذلك يشترط عدم
الاقرار من المقدوف — لأنه في معنى البينة ، فإن كان القاذف زوجا اعتبر شرط
ثالث وهو امتناعه من اللعان ، ولا نعلم خلافا في هذا كله ، وتعتبر استدامة الطلب
الى إقامة الحد فلو طلب ثم عفا عن الحد سقط وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال
الحسن وأصحاب الرأي : لا يسقط بعفوه لأنه حد فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود
ولنا أنه حق لا يستوفي إلا بعد مطالبة الادعى باستيفائه فسقط بعفوه
كالقصاص وفارق سائر الحدود فإنه لا يعتبر في إقامتها الطلب باستيفائها وحد
السرقه إنما تعتبر فيه المطالبة بالمسروق لا باستيفاء الحد ؛ ولأنهم قالوا تضح
دعواه ويستحلف فيه ويحكم الحاكم فيه بعلمه ولا يقبل رجوعه عنه بعد الاعتراف
فدل على أنه حق لادعى .

(فصل) وإذا قلنا بوجوب الحد بقذف من لم يبلغ لم تجز إقامته حتى يبلغ
ويطالب به بعد بلوغه لأن مطالبته قبل البلوغ لا توجب الحد لعدم اعتبار كلامه
وليس لوليه المطالبة عنه لأنه حق شرع للتشفي فلم يقيم غيره مقامه في استيفائه
كالقصاص ، فإذا بلغ وطالب أقيم عليه حينئذ ، ولو قذف غائبا لم يقيم عليه الحد حتى
يقدم ويطالب الا أن يثبت أنه طالب في غيبته ، ويحتمل أن لا تجوز إقامته في غيبته
بحال لأنه يحتمل أن يعفو بعد المطالبة فيكون ذلك شبهة في درء الحد لكونه
يندرى بالشبهات ، ولو قذف عاقلا فجن بعد قذفه وقبل طلبه لم تجز إقامته حتى
يفيق ويطلب ، وكذلك ان أغمى عليه فإن كان قد طالب به قبل جنونه وإغمائه
جازت إقامته كما لو وكل في استيفاء القصاص ثم جن أو أغمى عليه قبل استيفائه
مسألة ، قال (وان كان القاذف عبداً أو أمة جلد أربعين بأدون من
السوط الذي يجلد به الحر)

أجمع أهل العلم على وجوب الحد على العبد اذا قذف الحر المحصن لأنه داخل
في عموم الآية وحده أربعون في قول أكثر أهل العلم ، روى عن عبد الله بن عامر
ابن ربيعة أنه قال . أدركت أبا بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم من الخلفاء فلم أرهم
يضربون المملوك اذا قذف — الا أربعين .

وروى خلاص (١) أن علياً قال في عبد قذف حراً نصف الجلد وجلد أبو بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم عبداً قذف حراً ثمانين، وبه قال قبيصة وعمر بن عبد العزيز ولعلمهم ذهبوا إلى عموم الآية والصحيح الأول للاجماع المنقول عن الصحابة رضي الله عنهم ولأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كحد الزنا وهو يخص عموم الآية وقد عيب على أبي بكر بن عمرو بن حزم جلده العبد ثمانين وقال عبد الله بن عامر بن ربيعة ما رأينا أحداً قبله جلد العبد ثمانين.

وقال سعيد حدثنا ابن عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه قال حضرت عمر بن عبد العزيز جلد عبداً في قرية ثمانين وأنكر ذلك من حضره من الناس وغيرهم من الفقهاء فقال لي عبد الله بن عامر بن ربيعة إني رأيت والله عمر بن الخطاب ما رأيت أحداً جلد عبداً في قرية فوق أربعين، إذا ثبت أنه أربعون فإنه يكون بدون السوط الذي يجلد به الحر لأنه لما خفف في قدره خفف في سوطه كما أن الحدود في أنفسها كلما قل منها كان سوطه أخف فالجلد في الشرب أخف منه في القذف وفي القذف أخف منه في الزنا، ويحتمل أن يساوى العبد الحر في السوط لأنه على النصف ولا يتحقق التنصيف إلا مع المساواة في السوط.

(فصل) وإذا قذف ولده وإن نزل لم يجب الحد عليه سواء كان القاذف رجلاً أو امرأة، وبهذا قال عطاء والحسن والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي، وقال عمر بن عبد العزيز ومالك وأبو ثور وابن المنذر عليه الحد لعموم الآية ولأنه حد فلا تمنع من وجوبه قرابة الولادة كالزنا.

ولنا أنه عقوبة تجب حقاً لأدنى فلا يجب للولد على الوالد كالفصاح أو نقول

(١) خلاص بن عمرو الهجري روى عن علي وعمار وعائشة وأبي هريرة، روى عنه قتادة ومالك بن دينار وعوف : قال جرير . كان مغيرة لا يعبا بحديث خلاص، وقال أبو أيوب : لا ترو عن خلاص فإنه صحفى، وقال صالح بن أحمد قال أبي كان يحيى بن سعيد يتوقى أن يحدث عن خلاص عن علي خاصة وأظن أنه قد حدث عنه بحديث، وقال الجوزجاني : سألت أحمد يعني ابن حنبل عن خلاص فقال : يقال روايته عن علي كتاب، وقال يحيى بن معين . خلاص بن عمرو ثقة :

إنه حق لا يستوفي إلا بالمطالبة باستيفائه فأشبه القصاص ولأن الحد يدرك بالشبهات فلا يجب للابن على أبيه كالقصاص ولأن الأبوة معنى يسقط القصاص فمنعت الحد كالرق والكفر وهذا يخص عموم الآية وما ذكره ينتقض بالسرقه فإن الأب لا يقطع بسرقة مال ابنه والفرق بين القذف والزنا أن حد الزنا خالص لحق الله تعالى لا حق للأدمى فيه وحد القذف حق لأدمى فلا يثبت للابن على أبيه كالقصاص وعلى أنه لو زنا بجارية ابنه لم يجب عليه حد .

إذا ثبت هذا فإنه لو قذف أم ابنه وهي أجنبية منه فماتت قبل استيفائه لم يكن لابنه المطالبة بالحد لأن ما منع ثبوته ابتداء أسقطه طارئاً كالقصاص وإن كان لها ابن آخر من غيره كان له استيفاؤه إذا ماتت بعد المطالبة به لأن الحد يملك بعض الورثة استيفاءه كله بخلاف القصاص ، وأما قذف سائر الأقارب فيوجب الحد على القاذف في قولهم جميعاً .

«مسألة» قال (وإذا قال له يا لوطى سئل عما أراد فإن قال أردت أنك من قوم لوط فلا شيء عليه وإن قال أردت أنك تعمل عمل قوم لوط فهو كمن قذف بالزنا)

في هذه المسألة فصلان :

أحدهما . أن من قذف رجلاً بعمل قوم لوط إما فاعلاً وإما مفعولاً فعليه حد القذف ، وبه قال الحسن والنخعي والزهرى ومالك وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو ثور .

وقال عطاء وقتادة وأبو حنيفة لا حد عليه لأنه قذف بمالا يوجب الحد عنده وعندنا هو موجب للحد وقد بيناه فيما مضى ، وكذلك لو قذف امرأة أنها وطئت في دبرها أو قذف رجلاً بوطء امرأة في دبرها فعليه الحد عندنا ، وعند أبي حنيفة لا حد عليه ، ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف في وجوب حد الزنا على فاعل ذلك وقد تقدم الكلام فيه .

فأما إن قذفه باتيان بهيمة أنبى ذلك على وجوب الحد على فاعله ، فمن أوجب الحد على فاعله أوجب حد القذف على القاذف به ومن لا فلا ، وكل مالا يجب الحد بفعله لا يجب الحد على القاذف به كما لو قذف إنساناً بالمباشرة دون الفرج

أو بالوطء بالشبهة أو قذف امرأة بالمساحقة أو بالوطء مستكرهة لم يجب الحد على القاذف . ولأنه رماه بما لا يوجب الحد فأشبه ما لو قذفه باللمس والنظر، وكذلك لو قال يا كافر يا فاسق يا سارق يا منافق يا فاجر يا خبيث يا أعور يا أقطع يا أعمى ابن الزمن الأعمى الأعرج فلا حد في ذلك كله لأنه قذف بما لا يوجب الحد فلم يوجب الحد كما لو قال يا كاذب يا نمام ولا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم ولسكنه يعزر اسب الناس وأذا لم فأشبه ما لو قذف من لا يوجب قذفه الحد

الفصل الثاني : أنه إذا قال أردت أنك من قوم لوط فاختلفت الرواية عن أحمد فروى عنه جماعة أنه يجب عليه الحد بقوله بالوطى ولا يسمع تفسيره بما يحيل القذف ، وهذا اختيار أبي بكر ، ونحوه قال الزهرى ومالك

والرواية الثانية : أنه لا حد عليه نقلها المروذى ونحو هذا قال الحسن والنخعي قال الحسن إذا قال نويت أن دينه دين لوط فلا حد عليه ، وإن قال أردت أنك تعمل عمل قوم لوط فعليه الحد ، ووجه ذلك أنه فسر كلامه بما لا يوجب الحد فلم يجب عليه حد كما لو فسره به متصلا بكلامه

وروى عن أحمد رواية ثالثة أنه إذا كان في غضب قال إنه لأهل أن يقام عليه الحد لأن قرينة الغضب تدل على ارادة القذف بخلاف حال الرضا : والصحيح في المذهب الرواية الأولى لأن هذه الكلمة لا يفهم منها إلا القذف بعمل قوم لوط فكانت صريحة فيه كقوله يا زانى ، ولأن قوم لوط لم يبق منهم أحد فلا يحتمل أن ينسب إليهم

(فصل) وإن قال أردت أنك على دين لوط أو أنك تحب الصبيان أو تقبلهم أو تنظر إليهم أو أنك تتخلق بأخلاق قوم لوط في إنديتهم غير إتيان الفاحشه أو أنك تنهى عن الفاحشه كنهى لوط عنها أو نحو ذلك خرج في هذا كله وجمان بناء على الروايتين المنصوصتين في المسألة لأن هذا في معناه

« مسألة ، قال (وكذلك من قال يا معفوج)

المنصوص عن أحمد فيمن قال يا معفوج إن عليه الحد وكلام الحرقي يقتضى أنه يرجع إلى تفسيره فإن فسره بغير الفاحشه مثل أن قال أردت يا معفوج أو يا مصابا

دون الفرج ونحو هذا فلا حد عليه لأنه فسر به بما لا حد فيه وإن فسر به بعمل قوم لوط فعليه الحد كما لو صرح به ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها .

(فصل : وكلام الخرقى يقتضى أن لا يجب الحد على القاذف إلا بلفظ صريح لا يحتمل غير القذف وهو أن يقول يا زانى أو ينطق باللفظ الحقيقي فى الجماع ، فأما ما عده من الالفاظ فيرجع فيه الى تفسيره لما ذكرنا فى هاتين المسألتين ، فلو قال لرجل يا مخنث أو لإمرأة يا قحبة وفسره بما ليس بقذف مثل أن يريد بالمخنث أن فيه طباع النانث والنشبه بالنساء وبالقحبة أنها تستعد لذلك فلا حد عليه ، وكذلك إذا قال يا فاجرة يا خبيثة .

وحكى أبو الخطاب فى هذا رواية أخرى أنه قذف صريح ويجب به الحد ، والصحيح الأول : قال أحمد فى رواية حنبل لا أرى الحد إلا على من صرح بالقذف والشتم ، قال ابن المنذر : الحد على من نصب الحد نصبا ولأنه قول غير الزنا فلم يكن صريحا فى القذف كقوله يا فاسق وإن فسر شيئا من ذلك بالزنا فلا شك فى كونه قذفا .

(فصل)

واختلفت الرواية عن أحمد فى التعريض بالقذف مثل أن يقول لمن يخصمه ما أنت بزنان ما يعرفك الناس بالزنا يا حلال ابن الحلال ، أو يقول ما أنا بزنان ولا أمى بزانية فروى عنه حنبل لا حد عليه وهو ظاهر كلام الخرقى واختيار أبى بكر ، وبه قال عطاء وعمر بن دينار وقتادة والثورى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر لما روى أن رجلا قال للنبي (ص) إن امرأتى ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فلم يلزمه بذلك حد ولا غيره ، وقد فرق الله تعالى بين التعريض بالخطبة والتصريح بها فأباح التعريض فى العدة وحرم التصريح فكذلك فى القذف ولأن كل كلام يحتمل معنيين لم يكن قذفا كقوله يا فاسق .

وروى الأثرم وغيره عن أحمد أن عليه الحد ، وروى ذلك عن عمر (رض) وبه قال إسحاق لأن عمر حين شاورهم فى الذى قال لصاحبه ما أنا بزنان ولا أمى بزانية فقالوا قد مدح أباه وأمه فقال عمر قد عرض بصاحبه فجعله الحد ، وقال معمر إن عمر كان يجلد الحد فى التعريض .

وروى الأثرم أن عثمان جلد رجلا قال لاخر يا ابن شامة الودر يعرض له بزنا أمه والودر قدر اللحم يعرض له بكر الرجال ولأن الكناية مع القرينة الصارفة الى أحد احتملاتها كالصريح الذي لا يحتمل الا ذلك المعنى ولذلك وقع الطلاق بالكناية فإن لم يكن ذلك في حال الخصومة ولا وجدت قرينة تصرف الى القذف فلا شك في أنه لا يجوز قذفا .

وذكر أبو الخطاب من صور التعريض أن يقول لزوجته آخر قد فضحتني وغطيت رأسي وجعلت له قرونا وعلقت عليه أولادا من غيره وأفسدت فراشه ونكست رأسي ، وذكر في جميع ذلك روايتين ، وذكر أبو بكر عبد العزيز أن أبا عبد الله رجع عن القول بوجوب الحد في التعريض .

(فصل) وان قال لرجل يا ديوث يا كشحان فقال أحمد يعزر ، قال ابراهيم الحربي الديوث الذي يدخل الرجال على امرأته ، وقال ثعلب الفرطبان الذي يرضى أن يدخل الرجال على امرأته ، وقال القرنان والكشحان لم ارهما في كلام العرب ومعناه عند العامة مثل معنى الديوث او قريبا منه فعلى القاذف به التعزير على قياس قوله في الديوث لأنه قذفه بما لا حد فيه .

وقال خالد بن يزيد عن أبيه في الرجل يقول للرجل يا قرنات اذا كان له اخوات او بنات في الإسلام ضرب الحد يعني انه قاذف لمن .

وقال خالد عن أبيه القرنان عند العامة من له بنات والكشحان من له اخوات يعني والله اعلم اذا كان يدخل الرجال عليهم والقواد عند العامة السمسار في الزنا والقذف بذلك كله بوجوب التعزير لانه قذف بما لا يوجب الحد .

(فصل) واذا نفى رجلا عن أبيه فعليه الحد نص عليه أحمد ، وكذلك اذا نفاه عن قبيلته ، وبهذا قال ابراهيم النخعي واسحاق . وبه قال ابو حنيفة والثوري وحماد اذا نفاه عن أبيه وكانت أمه مسلمة وان كانت ذمية او رقيقة فلا حد عليه لان القذف لها .

ووجه الاول ما روى الاشعث بن قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يقول لا اوتى برجل يقول ان كنانة ليست من قريش الا جلده ، وعن ابن مسعود انه قال لا جلد الا في اثنين ، رجل قذف محصنة أو نفى رجلا عن أبيه وهذا

لا يقوله إلا توقيفاً ، فأما إن نفاه عن أمه فلا حد عليه لأنه لم يقذف أحداً بالزنا ؛ وكذلك إن قال إن لم تفعل كذا فليست ابن فلان فلا حد فيه ؛ لأن القذف لا يتعلق بالشرط ، والقياس يقتضى أن لا يجب الحد بنفى الرجل عن قبيلته ، ولأن ذلك لا يتعين فيه الرمي بالزنا ، فأشبه ما لو قال للأعجمي إنك عربي ؛ ولو قال للعربي أنت نبطي أو فارسي فلا حد فيه وعليه التعزير نص عليه لأنه يحتمل أنك نبطي اللسان أو الطبع .

وحكى عن أحمد رواية أخرى أن عليه الحد كما لو نفاه عن أبيه ، والاول أصح ، وبه قال مالك والشافعي لأنه يحتمل غير القذف احتمالاً كثيراً فلا يتعين صرفه إليه ، ومتى فسر شيئاً من ذلك بالقذف فهو قاذف .

(فصل) وإذا قذف رجل رجلاً فقال آخر صدقت فالمصدق قاذف أيضاً في أحد الوجهين لأن تصديقه ينصرف إلى ما قاله ، بدليل ما لو قال لي عليك ألف فقال صدقت كان إقراراً بها ، ولو قال اعطني ثوبي هذا فقال صدقت كان إقراراً ، وفيه وجه آخر لا يكون قاذفاً ، وهو قول زفر لأنه يحتمل أن يريد بتصديقه في غير القذف ، ولو قال أخبرني فلان أنك زنت لم يكن قاذفاً سواء كذبه المخبر عنه أو صدقه ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر أنه يكون قاذفاً إذا كذبه الآخر ، وبه قال عطاء ومالك ونحوه عن الزهري لأنه أخبر بزناه .

ولنا أنه إنما أخبر أنه قد قذف فلم يكن قاذفاً ، كما لو شهد على رجل أنه قد قذف رجلاً .

(فصل) وإن قال أنت أزني من فلان أو أزني الناس فهو قاذف له وهل يكون قاذفاً للثاني ؟ فيه وجهان . أحدهما : يكون قاذفاً له ، اختاره القاضي لأنه أضاف الزنا إليهما وجعل أحدهما فيه أبلغ من الآخر ، فإن لفظة أفعل للتفضيل فيقتضى اشتراك المذكورين في أصل الفعل وتفضيل أحدهما على الآخر فيه ، كقوله أجود من حاتم . والثاني : يكون قاذفاً للمخاطب خاصة لأن لفظة أفعل قد تستعمل للمنفرد بالفعل ، كقول الله تعالى (أفمن يهدي إلى الحق أحق أن يتبع أم من لا يهدي إلا أن يهدي) وقال تعالى (فأى الفريقين أحق بالآمن ؟) وقال لوط -

بناتي هن اطهر لكم أي من أدبار الرجال ولا طهارة فيهم . وقال الشافعي
وأصحاب الرأي : ليس بقذف — للأول ولا للثاني إلا ان يريد به القذف
ولنا ان موضوع اللفظ يقتضي ما ذكرناه لحمل عليه كما لو قال انت زان
(فصل) وإن قال زناات مهموزاً فقال ابو بكر وابو الخطاب هو قذف ،
لان عامة الناس لا يفهمون من ذلك الا القذف فكان قذفا كما قال زنيث ،
وقال ابن حامد : إن كان عامياً فهو قذف — لانه لا يريد به الا القذف ، وان
كان من أهل العربية لم يكن قذفا لان معناه في العربية طلعت ، فالظاهر انه يريد
موضوعه ، ولأصحاب الشافعي في كونه قذفا وجهان ، وان قال زناات في الجبل
فالحكم فيه كما لو قال زناات ولم يقل في الجبل ، وقال الشافعي ومحمد بن الحسن ليس
بقذف ، قال الشافعي ويستحلف على ذلك .

ولنا انه اذا كان عامياً لا يعرف — موضوعه في اللغة تعين مراده في القذف
ولم يفهم منه سواه فوجب ان يكون قذفا كما لو فسر به بالقذف او لحن لحناً غير هذا

فصل

فإن قال لرجل يا زانية أو لامرأة يا زاني فهو صريح في قذفهما اختاره ابو بكر
وهو مذهب الشافعي ، واختار ابن حامد انه ليس بقذف إلا ان يفسره به . وهو
قول ابى حنيفة لانه يحتمل ان يريد بقوله يا زانية أي يا علامة في الزنا : كما يقال
للعالم علامة وللكثير الرواية راوية ولكثير الحفظ حفظة .

ولنا ان ما كان قذفا لا حد الجنسين كان قذفا للآخر ، كقوله زنيث بفتح
التاء وكسرهما لهما جميعاً ، ولان هذا اللفظ خطاب لهما وإشارة اليهما بلفظ الزنا ،
وذلك يغني عن التمييز بتاء التأنيث وحذفها ، وكذلك لو قال للمرأة يا شخصاً زانيا
او للرجل يا نسمة زانية كان قاذفاً

وقولهم انه يريد بذلك انه علامة في الزنا لا يصح ، فإن ما كان اسماً للفعل
اذا دخلته الهاء كانت للمبالغة ، كقولهم حفظة للمبالغة في الحفظ وراوية للمبالغة
في الرواية ، وكذلك همزة ولمزة وصرعة ، ولان كثيراً من الناس يذكر المؤنث

ويؤنث المذكر ولا يخرج بذلك عن كون المخاطب به مراداً بما يراد باللفظ الصحيح
(فصل) وان قال لرجل زنت بفلانة كان قاذفاً لها ، وقد نقل عن أبي عبد الله
أنه سئل عن رجل قال لرجل : يا ناكح أمه ما عليه ؟ قال : إن كانت أمه حية
فعلية الحد للرجل ولأمه حد .

وقال منها : سألت أبا عبد الله : إذا قال الرجل لرجل يا زاني ابن الزاني ،
قال عليه حدان ، قلت أبلغك في هذا شيء ؟ قال مكحول : قال فيه حدان ، وإن
أقر إنسان أنه زنى بامرأة فهو قاذف لها ، سواء ألزمه حد الزنا بإقراره أو لم يلزمه
وبهذا قال ابن المنذر وأبو ثور ويشبهه مذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه
حد القذف لأنه يتصور منه الزنا بها من غير زناها لاحتمال أن تكون مكرهة
أو موطوءة بشبهة .

ولنا ما روى ابن عباس أن رجلاً من بكر بن ليث أتى النبي صلى الله عليه وسلم
فأقر أنه زنى بامرأة أربع مرات لجلده مائة وكان بكراً ، ثم سأله البينة على
المرأة ، فقالت : كذب والله يا رسول الله ، لجلده حد الفرية ثمانين ، والاحتمال
الذي ذكره لا ينفى الحد بدليل ما لو قال : يا نائمك أمه فإنه يلزمه الحد مع احتمال
أن يكون فعل ذلك بشبهة . وقد روى عن أبي هريرة أنه جلد رجل قال لرجل
ذلك ، ويخرج لنا مثل قول أبي حنيفة بناء على ما إذا قال لامرأته يا زانية فقالت
بك زنت ، فإن أصحابنا قالوا لا حد عليها في قولها بك زنت لاحتمال وجود الزنا
به مع كونه واطناً بشبهة ولا يجب الحد عليه لتصديقها إياه ، وقال الشافعي عليه
الحد دونها ، وليس هذا بإقرار صحيح .

ولنا أنها صدقته فلم يلزمه حد ، كما لو قالت صدقت ، ولو قال يا زانية ، قالت
أنت أزني مني ، فقال أبو بكر هي كالتى قبلها في سقوط الحد عنه ويلزمها له ههنا
حد القذف بخلاف التى قبلها لأنها أضافت إليه الزنا وفى التى قبلها أضافته إلى نفسها

مسئلة . قال (ومن قذف رجلاً فلم يقم الحد حتى زنى المقذوف لم يزل
الحد عن القاذف) .

وبهذا قال الثوري وأبو ثور والمزني وداود : وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي

لا حد عليه ، لأن الشروط تعتبر استدانتها الى حالة إقامة الحد ، بدليل انه لو ارتد أو جن لم يقيم الحد ، ولأن وجود الزنا منه يقوى قول القاذف ويدل على تقدم هذا الفعل منه ، فأشبه الشهادة إذا طرأ الفسق بعد أدائها قبل الحكم بها .
ولنا ان الحد قد وجب وتم بشروطه فلا يسقط بزوال شرط الوجوب كما لو زنى بأمة ثم اشتراها أو سرق عينا فنقصت قيمتها أو ملكها وكما لو جن المقدوف بعد المطالبة . وقولهم ان الشروط تعتبر استدانتها لا يصح فإن الشروط للوجوب فيعتبر وجودها الى حين الوجوب وقد وجب الحد بدليل انه ملك المطالبة ويبطل بالاصول التي قسمنا عليها .

وأما اذا جن من وجب له الحد فلا يسقط الحد وإنما يتأخر استيفاءه لتعذر المطالبة به فأشبه ما لو غاب من له الحد . وان ارتد من له الحد لم يملك المطالبة لان حقوقه وأملاكه تزول أو تكون موقوفة ، وفارق الشهادة فإن العدالة شرط للحكم بها فيعتبر وجودها الى حين الحكم بها بخلاف مسائلنا فإن العفة شرط للوجوب فلا تعتبر الا الى حين الوجوب .

(فصل) ولو وجب الحد على ذمي أو مرتد فلهحق بدار الحرب ، ثم عاد لم يسقط عنه ، ، وقال أبو حنيفة : يسقط .

ولنا انه حد وجب فلم يسقط بدخول دار الحرب كما لو كان مسلما دخل بأمان

، مسأله ، قال (ومن قذف مشركا أو عبداً أو مسلما له دون العشر سنين أو

مسلمة لها دون التسع سنين أدب ولم يحد)

قد ذكرنا أن الاسلام والحرية وإدراك سن يجامع مثله في مثله شروط لوجوب الحد على قاذفه ، فإذا انتفى أحدها لم يجب الحد على قاذفه ولكن يجب تأديبه ردعا له عن أعراض المعصومين وكفأ له عن أذاهم ، وحد الصبي الذي لم يجب الحد بقذفه أن يبلغ الغلام عشرا والجارية تسعا في إحدى الروايتين ، وقد سبق ذكر ذلك .

(فصل) فان اختلف القاذف والمقدوف فقال القاذف : كنت صغيرا حين

قذفتك ، وقال المقدوف : كنت كبيرا ، فذكر القاضي ان القول قول القاذف لان

الأصل الصغير وبرائة الذمة من الحد ، فإن أقام القاذف بينة أنه قذفه صغيراً وأقام المقدوف بينة أنه قذفه كبيراً وكانتا مطلقتين أو مؤرختين تاريخين مختلفين فهما قذفان موجب أحدهما التعزير ، والثاني الحد ، وإن بينتا تاريخاً واحداً . وقالت إحداهما وهو صغير ، وقالت الأخرى وهو كبير تعارضتا وسقطتا ، وكذلك لو كان تاريخ بينة المقدوف قبل تاريخ بينة القاذف .

« مسألة ، قال (ومن قذف — من كان مشركاً وقال : أردت أنه زنى وهو مشرك لم يلتفت الى قوله وحد القاذف اذا طالب المقدوف — ، وكذلك من كان عبداً)

إنما كان كذلك لأنه قذفه في حال كونه مسلماً محصناً وذلك يقتضى وجوب الحد عليه لعموم الآية ووجود المعنى فإذا ادعى ما يسقط الحد عنه لم يقبل منه كما لو قذف كبيراً ، ثم قال . أردت أنه زنى وهو صغير ، فأما إن قال له : زنيت في شركك فلا حد عليه ، وبه قال الزهرى وأبو ثور وأصحاب الراى . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى ، وعن مالك أنه يحد ، وبه قال الثورى لأن القذف وجد في حال كونه محصناً .

ولنا أنه أضاف القذف الى حال ناقصة أشبه ما لو قذفه في حال الشرك ولأنه قذفه بما لا يوجب الحد على المقدوف فأشبه ما لو قذفه بالوطء دون الفرج وهكذا الحكم لو قذف من كان رقيقاً فقال . زنيت في حال رقك أو قال : زنيت وأنت طفل ، وإن قال : زنيت وأنت صبي أو صغير سئل عن الصغير فإن فسره بصغير لا يجامع في مثله فهي كالتى قبلها ، وإن فسره بصغير يجامع في مثله فعليه الحد فى إحدى الروايتين .

وإن قال : زنيت إذ كنت مشركاً أو إذ كنت رقيقاً فقال المقدوف — ما كنت مشركاً ولا رقيقاً نظرنا فإن ثبت أنه كان مشركاً أو رقيقاً فهي كالتى قبلها ، وإن ثبت أنه لم يكن رقيقاً كذلك وجب الحد على القاذف — ، وإن لم يثبت واحد منهما ففيه روايتان .

أحدهما : يجب الحد لأن الأصل عدم الشرك والرق ، ولأن الأصل الحرية

وإسلام أهل دار الإسلام . والثانية . القول قول القاذف ، لأن الأصل براءة ذمة القاذف ، وإن قال : زنت وأنت مشرك فقال المقدوف . أردت قذفي بالزنا والشرك معا وقال الماذف : بل أردت قذفك بالزنا إذ كنت مشركا فالقول قول القاذف ، اختاره أبو الخطاب وهو قول بعض الشافعية لأن الخلاف في بينته وهو أعلم بها . وقوله . وأنت مشرك مبتدأ وخبر وهو حال لقوله : زنت كقول الله تعالى : (إلا استمعوه وهم يلعبون)

وقال القاضي : يجب الحد وهو قول بعض الشافعية ، لأن قوله زنت خطاب في الحال ، فالظاهر أنه أراد زناه في الحال .

وهكذا إن قال : زنت وأنت عبد ، وإن قذف مجهولا وادعى أنه رقيق أو مشرك فقال المقدوف : بل أنا حر مسلم فالقول قوله ، وقال أبو بكر : القول قول القاذف في الرق لأن الأصل براءة ذمته من الحد وهو يدرأ بالشبهات ، وما ادعاه محتمل فيكون شبهة وعن الشافعي كالوجهين .

ولنا أن الأصل الحرية وهو الظاهر فلم يلتفت إلى ما خالفه كما لو فسر صريح القذف بما يحمله وكما لو ادعى أنه مشرك ، فإن قيل الإسلام يثبت بقوله أنا مسلم بخلاف الحرية قلنا : إنما يثبت الاسلام بقوله في المستقبل ، وأما الماضي فلا يثبت بما جاء بعده فلا يثبت كونه مسلما حال القذف بقوله في حال النزاع فاستويا .

مسألة ، قال (ويحد من قذف الملائنة)

نص أحمد على هذا ، وهو قول ابن عمر وإن عباس والحسن والشعبي وطاوس ومجاهد ومالك والشافعي وجمهور الفقهاء ولا نعلم فيه خلافا ، وقد روى ابن عباس ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الملائنة أن لا تربي ولا يربي ولدها فعليه الحد ، رواه أبو داود ، ولأن حصاتها لم تسقط باللعان ولا يثبت الزنا به ولذلك لم يلزمها به حد ، ومن قذف ابن الملائنة فقال : هو ولد زنا فعليه الحد للخبر والمعنى وكذلك إن قال هو من الذي رميت به ، فأما إن قال ليس هو ابن فلان يعني الملائنة وأراد أنه منفي عنه شرعا فلا حد عليه لأنه صادق .

(فصل) فأما إن ثبت زناه ببينة أو اقرار أو حد بالزنا فلا حد على قاذفه لأنه

صادق ولأن إحصان المذدوف قد زال بالزنا : ولو قال لمن زنى فى شركه أو لمن كان مجوسياً تزوج بذات محرمه بعد أن أسلم يا زانى فلا حد عليه اذا فسر به بذلك وقال مالك : عليه الحد لأنه قدف مسلماً لم يثبت زناه فى اسلامه .

ولنا أنه قدف من ثبت زناه أشبه ما لو ثبت زناه فى الإسلام ولأنه صادق والذي يقتضيه كلام الحرقى وجوب الحد عليه لقوله ومن قدف من كان مشركاً وقال أردت أنه زنى وهو مشرك لم يلتفت الى قوله وحده .

مسألة ، قال (واذا قدفت المرأة لم يكن لولدها المطالبة اذا كانت الأم فى الحياة)

وان قدفت أمه وهى مية مسلمة كانت أو كافرة حرة أو أمة حد القاذف اذا طالب الابن وكان حراً مسلماً ، أما اذا قدفت وهى فى الحياة فليس لولدها المطالبة لأن الحق لها فلا يطالب به غيرها ولا يقوم غيرها مقامها سواء كانت محجوراً عليها أو غير محجور عليها لأنه حق يثبت للنشئ فلا يقوم فيه غير المستحق مقامه كالقصاص وتعتبر حصاتها لأن الحق لها فتعتبر حصاتها كما لو لم يكن لها ولد ، وأما ان قدفت وهى مية فان لولدها المطالبة لأنه قدح فى نسبه ولأنه بقذف أمه ينسبه الى أنه من زنا ولا يستحق ذلك بطريق الارث ولذلك تعتبر الحصانة فيه ولا تعتبر الحصانة فى أمه لأن القذف له .

وقال أبو بكر : لا يجب الحد بقذف مية بحال ، وهو قول أصحاب الرأى لأنه قدف لمن لا تصح منه المطالبة فأشبهه قذف المجنون ، وقال الشافعى ان كان الميت محصناً فلولى المطالبة وينقسم بانقسام الميراث وان لم يكن محصناً فلا حد على قاذفه لأنه ليس بمحصن فلا يجب الحد بقذفه كما لو كان حياً ، وأكثر أهل العلم لا يرون الحد على من يقذف محصناً حياً ولا ميتاً لأنه اذا لم يحد بقذف غير المحصن اذا كان حياً فلأن لا يحد بقذفه بعد موته أولى .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم فى الملاعة « ومن رمى ولدها فعليه الحد » يعنى من رماه بأنه ولد زنا واذا وجب بقذف ابن الملاعة بذلك فبقذف غيره أولى ولأن أصحاب الرأى أوجبوا الحد على من نفى رجلاً عن أبيه اذا كان أبواه

حرين مسلمين أو كانا ميثين ، والحد انما وجب للولد لان الحد لا يورث عندهم ،
فأما ان قذف أمه بعد موتها وهو مشرك أو عبد فلا حد عليه في ظاهر كلام المحرق
سواء كانت الام حرة مسلمة أو لم تكن ، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي اذا قال
لكافر أو عبد لست لأبيك وأبواه حران مسلمان فعليه الحد ، وان قال لعبد أمه
حرة وأبوه عبد لست لأبيك فعليه الحد وان كان العبد للقاذف عند أبي ثور .

وقال أصحاب الرأي يصح (١) أن يحسد المولى لعبده ، واحتجوا بأن هذا قذف
لأمه فيعتبر احصانها دون احصانه لأنها لو كانت حية كان القذف لها فكذلك
اذا كانت ميتة ولأن معنى هذا أن أمك زنت فأتت بك من الزنا فإذا كان من
الزنا منسوباً إليها كانت هي المقدوفة دون ولدها .

ولنا ما ذكرناه ولأنه لو كان القذف لها لم يجب الحد لأن الكافر لا يرث
المسلم والعبد لا يرث الحر ولأنهم لا يوجبون الحد بقذف ميتة بحال فيثبت ان
القذف له فيعتبر احصانه دون احصانها والله اعلم .

(فصل) وان قذفت جدته فقياس قول المحرق انه كقذف أمه ان كانت حية
فالحق لها ويعتبر احصانها وليس لغيرها المطالبة عنها وان كانت ميتة فله المطالبة
اذا كان محصناً لان ذلك قدح في نسيبه .

فأما ان قذف أباه أو جده أو أحداً من اقاربه غير أمهاته بعد موته لم يجب
الحد بقذفه في ظاهر كلام المحرق لأنه انما اوجب بقذف أمه حقاً له لنفي نسيبه
لا حقاً للميت ولهذا لم يعتبر احصان المقدوفه ، واعتبر احصان الولد ، ومتى كان
المقدوف من غير أمهاته لم يتضمن نفي نسيبه فلم يجب الحد ، وهذا قول أبي بكر
وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي : ان كان الميت محصناً فلوليه المطالبة به وينقسم
انقسام الميراث لأنه قذف محصناً فيجب الحد على قاذفه كالحى .

ولنا انه قذف من لا يتصور منه المطالبة فلم يجب الحد بقذفه كالمجنون
أو نقول قذف من لا يجب الحد له فلم يجب كقذف غير المحصن وفارق قذف
الحى فإن الحد يجب له .

مسألة ، قال (ومن قذف أم النبي (ص) قتل : مسلماً كان أو كافراً)

يعنى أن حده القتل ولا تقبل توبته نص عليه أحمد، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أن توبته تقبل، وبه قال أبو حنيفة والشافعى مسلماً كان أو كافراً لأن هذا منه ردة والمرتد يستتاب وتصح توبته

ولنا أن هذا حد قذف فلا يسقط بالتوبة كقذف غير أم النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه لو قبلت توبته وسقط حده لكان أخف حكماً من قذف آحاد الناس لأن قذف غيره لا يسقط بالتوبة ولا بد من إقامته

واختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا كان القاذف كافراً فاسلم فروى أنه لا يسقط بإسلامه لأنه حد قذف فلم يسقط بالإسلام كقذف غيره، وروى أنه يسقط لأنه لو سب الله تعالى في كفره ثم أسلم سقط عنه القتل فسب نبيه أولى، ولأن الإسلام يجب ما قبله، والخلاف في سقوط القتل عنه فأما توبته فيما بينه وبين الله تعالى فمقبولة فإن الله تعالى يقبل التوبة من الذنوب كلها، والحكم في قذف النبي صلى الله عليه وسلم كالحكم في قذف أمه لأن قذف أمه إنما أوجب القتل لكونه قذفاً للنبي صلى الله عليه وسلم وقدحاً في نسبه

(فصل) وقذف النبي صلى الله عليه وسلم وقذف أمه ردة عن الإسلام وخروج عن الملة، وكذلك سبه بغير القذف إلا أن سبه بغير القذف يسقط بالإسلام لأن سب الله تعالى يسقط بالإسلام فسب النبي صلى الله عليه وسلم أولى، وقد جاء في الآثار أن الله تعالى يقول: شتمنى ابن آدم وما ينبغى له أن يشتمنى أما شتمه إياى فقبوله: إني اتخذت ولداً وأنا الأحد الصمد لم ألد ولم أولد، ولا خلاف في أن إسلام النصراني القائل بهذا القول يمحو ذنبه

(مسألة) قال (وإذا قذف الجماعة بكلمة واحدة فحد واحد إذا طالبوا أو

واحد منهم) .

وبهذا قال طاوس والشعبي والزهرى والنخعي وقتادة وحماد ومالك والثوري وأبو حنيفة وصاحبه وابن أبي ليلى وإسحاق، وقال الحسن وأبو ثور وابن المنذر لكل واحد حد كامل .

وعن أحمد مثل ذلك وللشافعي قولان كالروايتين ، ووجه هذا أنه قذف كل واحد منهم فلو لم يله حد كامل كما لو قذفهم بكلمات .

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ولم يفرق بين قذف واحد أو جماعة ، ولأن الذين شهدوا على المغيرة قذفوا امرأة فلم يحدم عمر إلا حداً واحداً ولأنه قذف واحد فلم يجب إلا حد واحد كما لو قذف واحداً ولأن الحد إنما وجب بإدخال المرأة على المذوف بقذفه وبحد واحد يظهر كذب هذا القاذف وتزول المرأة فوجب أن يكتفى به بخلاف ما إذا قذف كل واحد قذفاً مفرداً فإن كذبه في قذف لا يلزم منه كذبه في آخر ولا تزول المرأة عن أحد المذوفين بحده الآخر .

فإذا ثبت هذا فإنهم إن طلبوه جملة حد لهم وإن طلبه واحد أقيم الحد لأن الحق ثابت لهم على سبيل البدل فأيهم طالب به استوفى وسقط فلم يكن لغیره الطلب به كحق المرأة على أوليائها تزويجها إذا قام به واحد سقط عن الباقي وإن أسقطه أحدهم فلغيره المطالبة به واستيفاءه لأن المرأة عنه لم تزل بعفو صاحبه وليس للعاقب الطلب به لأنه قد أسقط حقه منه .

وروى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنهم إن طلبوه دفعة واحدة فحد واحد وكذلك إن طلبوه واحداً بعد واحد إلا أنه إن لم يقم حتى طلبه الكل فحد واحد وإن طلبه واحد فأقيم له ثم طلبه آخر أقيم له ، وكذلك جميعهم وهذا قول عروة لأنهم إذا اجتمعوا على طلبه وقع استيفاءه بجميعهم ، وإذا طلبه واحد منفرداً كان استيفاءه له وحده فلم يسقط حق الباقي بغير استيفائهم ولا إسقاطهم .

فصل

وان قذف الجماعة بكلمات فلكل واحد حد ، وبهذا قال عطاء والشعبي وقتادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة والشافعي ، وقال حماد ومالك لا يجب إلا حد واحد لأنها جنائية توجب حداً فإذا تكررت كفي حد واحد كما لو سرق من جماعة أو زنى بنساء أو شرب أنواعاً من المسكر .

ولنا أنها حقوق لأدميين فلم تتداخل كالديون والنفصا ص وفارق ما قاسوا عليه فإنه حق لله تعالى .

(فصل) واذا قال لرجل يا ابن الزانين فهو قاذف لها بكلمة واحدة فإن كانا ميتين ثبت الحق لولدهما ولم يجب الا حد واحد وجها واحدا ، وان قال يا زاني ابن الزاني فهو قذف لها بكلمتين ، فإن كان أبوه حياً فلكل واحد منهما حد ، وان كان ميتاً فالظاهر في المذهب أنه لا يجب الحد بقذفه ، وان قال يا زاني ابن الزانية وكانت أمه في الحياة فلكل واحد حد ، وان كانت ميتة فالقذفان جميعاً له ؛ وان قال زنت بفلانة فهو قذف لها بكلمة واحدة ، وكذلك اذا قال يا ناكح أمه ويخرج فيه الروايات الثلاث والله أعلم .

(فصل)

وان قذف رجلاً مرات فلم يحد لحد واحد رواية واحدة سواء قذفه بزنا واحد أو بزنيات ، وان قذفه لحد ثم أعاد قذفه نظرت ، فإن قذفه بذلك الزنا الذي حد من أجله لم يعد عليه الحد في قول عامة أهل العلم .
وحكى عن ابن القاسم أنه أوجب حداً ثانياً ، وهذا يخالف إجماع الصحابة فإن أبابكر لما حد بقذف المغيرة أعاد قذفه فلم يروا عليه حداً ثانياً فروى الأثرم بإسناده عن ظبيان بن عمارة (١) قال شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة نفر أنه زان فبلغ ذلك عمر فكبر عليه وقال شاط ثلاثة أرباع المغيرة بن شعبة وجاء زياد فقال ما عندك ؟ فلم يثبت فأمر بهم للجلدوا وقال شهود زور فقال أبو بكره أليس ترضى أن أتاك رجل عدل يشهد برجمه ؟ قال . نعم والذي نفسي بيده فقال أبو بكره وأنا أشهد أنه زان فأراد أن يعيد عليه الجلد فقال ، على يا أمير المؤمنين أنك ان أعدت عليه الجلد أوجب عليه الرجم .

وفي حديث آخر فلا يعاد في فرية جلد مرتين . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله قول على أن جلده فارجم صاحبه قال كأنه جعل شهادته شهادة رجلين .
قال أبو عبد الله وكنت أنا أفسره على هذا حتى رأيته في الحديث فأعجبني ثم قال يقول اذا جلده ثانية فكأنك جعلته شاهداً آخر ، فاما ان حد له ثم قذفه بزنا ثان نظرت ، فإن قذفه بعد طول الفصل لحد ثان لأنه لا يسقط حرمة

(١) ظبيان بن عمارة روى عن علي ، وروى عنه سويد بن نجيع أبو قطبة .

المقذوف بالنسبة الى القاذف أبداً بحيث يمكن من قذفه بكل حال ، وإن قذفه عقيب حده فقيه روايتان .

إحداهما : يحد أيضاً لأنه قذف لم يظهر كذبه فيه بحد فيلزم فيه حد كما لو طال الفصل ولأن سائر أسباب الحد إذا تكررت بعد أن حد للأول ثبت للثاني حكمه كالزنا والسرقة وغيرهما من الأسباب ، والثانية : لا يحد لأنه قد حد له مرة فلم يحد له بالقذف عقبه كما لو قذفها بالزنا الأول .

(فصل) وإذا قال من رماني فهو ابن الزانية فرماه رجل فلا حد عليه في قول أحد من أهل العلم ، وكذلك إن اختلف رجلان في شيء فقال أحدهما الكاذب هو ابن الزانية فلا حد عليه نص عليه أحمد لأنه لم يعين أحداً بالقذف ، وكذلك ما أشبه هذا ولو قذف جماعة لا يتصور صدقه في قذفهم مثل أن يقذف أهل بلدة كثيرة بالزنا كلهم لم يكن عليه حد ، لأنه لم يلحق العار بأحد غير نفسه للعلم بكذبه .

(فصل) وإن ادعى على رجل أنه قذفه فأنكر لم يستحلف ، وبه قال الشعبي وحامد والثوري وأصحاب الرأي .

وعن أحمد رحمه الله : أنه يستحلف حكاها ابن المنذر ، وهو قول الزهري ومالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر لقول النبي صلى الله عليه وسلم « وليكن اليمين على المدعى عليه » ، ولأنه حق لأدعى فيستحلف فيه كالدين ، ووجه الأول أنه حد فلا يستحلف فيه كالزنا والسرقة فإن نكل عن اليمين لم يقم عليه الحد لأن الحد يدرأ بالشبهات فلا يقضى فيه بالنكول كسائر الحدود .

« مسأله ، قال (ومن قتل أو أتى حداً خارج الحرم ثم لجأ إلى الحرم لم يبايع ولم يشار حتى يخرج من الحرم فيقام عليه الحد) »

وجملته : أن من جنى جناية توجب قتلاً خارج الحرم ثم لجأ إليه لم يستوف منه فيه ، وهذا قول ابن عباس وعطاء وعبيد بن عمير والزهري ومجاهد وإسحاق والشعبي وأبي حنيفة وأصحابه ، وأما غير القتل من الحدود كلها والقصاص فيها دون النفس فعن أحمد فيه روايتان .

إحداهما . لا يستوفى من الملتجئ الى الحرم فيه
والثانيه : يستوفى وهو مذهب أبي حنيفة لان المروى عن النبي صلى الله عليه
وسلم النهى عن القتل بقوله عليه السلام فلا يسفك فيها دم ، وحرمة النفس أعظم
فلا يقاس غيرها عليها ولان الحد بالجلد جرى مجرى التأديب فلم يمنع منه كتأديب
السيد عبده والاولى ظاهر كلام الحرقى . وهى ظاهر المذهب

قال أبو بكر : هذه مسألة وجدتها مفردة لحنبل عن عمه أن الحدود كلها تقام
في الحرم الا القتل : والعمل على أن كل جان دخل الحرم لم يقم عليه حد جنايته
حتى يخرج منه وان هتك حرمة الحرم بالجناية فيه هتكت حرمة بإقامة الحد عليه فيه
وقال مالك والشافعى وابن المنذر يستوفى منه فيه لعموم الامر بجلد الزانى وقطع
السارق واستيفاء القصاص من غير تخصيص بمكان دون مكان ، وقد روى عن
النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : الحرم لا يعيد عاصياً ولا فاراً بجزية ولا دم ،
وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتل ابن حنظل وهو متعلق بأستار الكعبة ، حديث
حسن صحيح ولانه حيوان أبيع دمه لعصيانه فأشبهه الكلب العقور .

ولنا قول الله تعالى : (ومن دخله كان آمناً) يعنى الحرم بدليل قوله (فيه آيات
بينات مقام إبراهيم) والخبر أريد به الامر لانه لو أريد به الخبر لافضى الى وقوع
الخبر خلاف الخبر

وقال النبي صلى الله عليه وسلم وان الله حرم مكة ولم يحرمها الناس فلا يحل لامرئ
مسلم يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك فيها دماً ولا يعصدها شجرة فإن أحد
ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا ان الله أذن لرسوله ولم يأذن
لكم وانما أذن لى ساعة من نهار وقد عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالامس
فليبلغ الشاهد الغائب ،

وقال النبي صلى الله عليه وسلم وان الله حرم مكة يوم خلق السموات والارض
وانما أحلت لى ساعة من نهار . ثم عادت الى حرمتها فلا يسفك فيها دم ، متفق
عليهما فالحجة فيه من وجهين

أحدهما : أنه حرم سفك الدم بها على الاطلاق وتخصيص مكة بهذا يدل على

أنه أراد العموم ، فإنه لو أراد سفك الدم الحرام لم يختص به مكة فلا يكون التخصيص مفيداً .

والثاني : قوله : إنما حلت لي ساعة من نهار ثم عادت حرمتها ، ومعلوم أنه إنما أحل له سفك دم حلال في غير الحرم لحرمها الحرم ثم أحلت له ساعة ثم عادت الحرمة ، ثم أكد هذا بمنعه قياس غيره عليه والاقتداء به فيه بقوله : فإن أحد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لکم ، وهذا يدفع ما احتجوا به من قتل ابن حنظل فإنه من رخصة رسول الله صلى الله عليه وسلم التي منع الناس أن يقتدوا به فيها وبين أنها له على الخصوص وما روي من الحديث فهو من كلام عمرو بن سعيد الأشدق يرد به قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حين روى له أبو شريح هذا الحديث .

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن يتبع ، وأما جلد الزاني وقطع السارق والأمر بالقصاص فإنما هو مطلق في الإمكانة والازمنة فإنه يتناول مكاناً غير معين ضرورة أنه لا بد من مكان فيمكن إقامته في مكان غير الحرم ثم لو كان عموماً فإن ما روينا خاص يخص به مع أنه قد خص بما ذكرناه الحامل والمريض المرجو برؤيه ، فتأخر الحد عنه وتأخر قتل الحامل فجاز أن يخص أيضاً بما ذكرناه والقياس على الكاب العقور غير صحيح ، فإن ذلك طبعه الأذى فلم يحرمه الحرم ليدفع أذاه عن أهله ، فأما الأذى فالأصل فيه الحرمة وحرمة عظيمة : وإنما أبيع لعارض فأشبهه الصائل من الحيوانات المباحة من المأكولات فإن الحرم بعصمها . إذا ثبت هذا فإنه لا يبايع ولا يشارى ولا يطعم ولا يؤوى ، ويقال له اتق الله وأخرج إلى الحل ليستوفى منك الحق الذي قبلك ، فإذا خرج استوفى حق الله منه ، وهو قول جميع من ذكرناه : وإنما كان كذلك لأنه لو أطعم وأوى لتمسك من الإقامة دائماً فيضيع الحق الذي عليه وإذا منع من ذلك كان وسيلة إلى خروجه فيقام فيه حق الله تعالى وليس علينا إطعامه كما أن الصيد لا يصاد في الحرم وليس علينا القيام به . قال ابن عباس رحمه الله : من أصاب حداً ثم لجأ إلى الحرم : فإنه لا يجالس ولا يبايع ولا يؤوى ويأتيه من يطلبه فيقول أي فلان اتق الله فإذا خرج من الحرم أقیم عليه الحد ، رواه الأثرم .

فإن قتل من له عليه القصاص في الحرم وأقام حداً بجلد أو قتل أو قطع طرف أساء ولا شيء عليه لأنه استوفى حقه في حال لم يكن له استيفاؤه فيه ، فأشبه ما لو اقتص في شدة الحر أو برد مفرد .

• مسأله ، قال (ومن قتل أو أتى حداً في الحرم أقيم عليه في الحرم)

وجملته أن من انتهك حرمة الحرم بجناية فيه توجب حداً أو قصاصاً ، فإنه يقام عليه حداً لا نعلم فيه خلافاً . وقد روى الأثرم بإسناده عن ابن عباس أنه قال : من أحدث حدثاً في الحرم أقيم عليه ما أحدث فيه من شيء . وقد أمر الله تعالى بقتال من قاتل في الحرم فقال تعالى (ولا تقاتلوه عند المسجد الحرام حتى يقبضوا) فيه فإن قاتلوه فاقتلوه (فأباح قتلهم عند قتالهم في الحرم ، ولأن أهل الحرم يحتاجون إلى الزجر عن ارتكاب المعاصي كغيرهم ، حفظاً لأنفسهم وأموالهم وأعراضهم ، فلم يشرع الحد في حق من ارتكب الحد في الحرم لتعطلت حدود الله تعالى في حقهم وفاتت هذه المصالح التي لا بد منها ولا يجوز الإخلال بها ، ولأن الجاني في الحرم هاتك لحرمة فلا ينتهض الحرم لتحريم ذمته وصيافته بمنزلة الجاني في دار الملك لا يعصم لحرمة الملك ، بخلاف الملتجئ إليها بجناية صدرت منه في غيرها .

(فصل) فأما حرم مدينة النبي صلى الله عليه وسلم فلا يمنع إقامة حد ولا قصاص ، لأن النص إنما ورد في حرم الله تعالى ، وحرم المدينة دونه في الحرمه فلا يصح قياسه عليه ، وكذلك سائر البقاع لا تمنع من استيفاء حق ولا إقامة حد لأن أمر الله تعالى باستيفاء الحقوق وإقامة الحد مطلق في الأمكنة والأزمنة خرج منها الحرم لمعنى لا يكفي في غيره ، لأنه محل الانساك وقبلة المسلمين ، وفيه بيت الله المحجوج وأول بيت وضع للناس ومقام إبراهيم وآيات بينات فلا يلتحق به سواه ولا يقاس عليه ، ما ليس في معناه والله أعلم .

باب القطع في السرقة

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب : فقول الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) وأما السنة : فروت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم : إنما هلك من كان قبلكم بأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، متفق عليهما في أخبار سوى هذين نذكرها إن شاء الله تعالى في مواضعها ، وأجمع المسلمون على وجوب قطع السارق في الجملة .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا سرق ربع دينار من العين أو ثلاثة دراهم من الورق أو قيمة ثلاثة دراهم طعاما كان أو غيره وأخرجه من الحرز قطع)

وجملته : أن القطع لا يجب إلا بشروط سبعة .
أحدها السرقة . ومعنى السرقة أخذ المال على وجه الخفية والاستتار ، ومنه استراق السمع ومسارقة النظر إذا كان يستخفي بذلك ، فإن اختطف أو اختلس لم يكن سارقاً ولا قطع عليه عند أحد علمناه غدير إياس بن معاوية قال : أقطع المختلس لأنه يستخفي بأخذه فيسكون سارقاً ، وأهل الفقه والفتوى من علماء الأمصار على خلافه . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ليس على الخائن ولا المختلس قطع .

وعن جابر قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ليس على المنتهب قطع ، رواهما أبو داود . وقال لم يسمعهما ابن جريج من أبي الزبير ، ولأن الواجب قطع السارق ، وهذا غير سارق ولأن الاختلاس نوع من الخطف والنهب وإنما يستخفي في ابتداء اختلاسه بخلاف السارق .

واختلفت الرواية . عن أحمد في جاحد العارية فعنه عليه القطع ، وهو قول إسحاق لما روى عن عائشة أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي (ص)

بقطع يدها فأتى أهلها أسامة فكموه فكام النبي (ص) فقال النبي صلى الله عليه وسلم
 ألا أراك تكلمني في حد من حدود الله تعالى؟ ثم قام النبي (ص) خطيباً فقال :
 إنما هلك من كان قبلكم ، أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف
 قطعوه ، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد صلى الله عليه وسلم
 لقطعت يدها قالت فقطع يدها .

قال أحمد لا أعرف شيئاً يدفعه : متفق عليه ، وعنه لا قطع عليه وهو قول
 الحرقى وأبي إسحاق بن شاقلا وأبي الخطاب وسائر الفقهاء وهو الصحيح إن شاء
 الله تعالى لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا قطع على الخائن ، ولأن الواجب
 قطع السارق ، والجاحد غير سارق وإنما هو خائن فأشبهه جاحد الوديعة ، والمرأة
 التي كانت تستعير المتاع إنما قطعت لسرقتها لا بجحدها ألا ترى قوله : إذا سرق
 فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه — وقوله — والذي نفسي
 بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها .

وفي بعض الفاظ رواية هذه القصة عن عائشة : أن قريشاً أهمهم شأن
 المخزومية التي سرقت وذكر القصة ، رواه البخاري .

وفي حديث أنها سرقت قطيفة فروى الأثرم بإسناده عن مسعود بن الأسود
 قال : لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعظمنا
 ذلك وكانت امرأة من قريش فجئنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا نحن
 نقدحها بأربعين أوقية قال : تطهر خير لها ، فلما سمعنا لين قول رسول الله (ص)
 أتينا أسامة فقلنا كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث نحو سياق
 عائشة ، وهذا ظاهر في أن القصة واحدة وأنها سرقت فقطعت بسرقتها وإنما عرفتها
 عائشة بجحدها للعارية لكونها مشهورة بذلك ، ولا يلزم أن يكون ذلك سبباً
 كما لو عرفتها بصفة من صفاتها ، وفيما ذكرنا جمع بين الأحاديث وموافقة لظاهر
 الأحاديث والقياس وفقهاء الأمصار فيكون أولى ، فأما جاحد الوديعة وغيرها
 من الأمانات فلا نعلم أحداً يقول بوجوب القطع عليه .

الشرط الثاني : أن يكون المروق نصاباً ولا قطع في القليل في قول الفقهاء

كلهم إلا الحسن وداود وابن بنت الشافعي ، والخوارج قالوا يقطع في القليل والكثير لعموم الآية ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله السارق ، يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده ، متفق عليه ولأنه سارق من حزر فتقطع يده كسارق الكثير

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم لا قطع إلا في ربع دينار فصاعداً ، متفق عليه ، وإجماع الصحابة على ما سنده ذكره وهذا يخص عموم الآية ، والحبل يحتمل أن يساوى ذلك ، وكذلك البيضة يحتمل أن يراد بها بيضة السلاح وهي تساوى ذلك .

واختلفت الرواية عن أحمد في قدر النصاب الذي يجب القطع بسرقته فروى عنه أبو إسحاق الجوزجاني أنه ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق أو ما قيمته ثلاثة دراهم من غيرهما وهذا قول مالك وإسحاق

وروى عنه الأثرم . أنه إن سرق من غير الذهب والفضة ما قيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم قطع فعلي هذا يقوم غير الأثمان بأدنى الأمرين من ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، وعنه أن الأصل الورق ويقوم الذهب به فإن نقص ربع دينار عن ثلاثة دراهم لم يقطع سارقه وهذا يحكي عن الليث وأبي ثور

وقالت عائشة لا قطع إلا في ربع دينار فصاعداً ، وروى هذا عن عمر وعثمان وعلى رضي الله عنهم وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي والشافعي وابن المنذر لحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا قطع إلا في ربع دينار فصاعداً ،

وقال عثمان البتي ت قطع اليد في درهم فما فوقه وعن أبي هريرة وأبي سعيد أن اليد تقطع في أربعة دراهم فصاعداً

وعن عمر أن الخمس لا تقطع إلا في الخمس ، وبه قال سليمان بن يسار وابن أبي ليلى وابن شبرمه . وروى ذلك عن الحسن

وقال أنس قطع أبو بكر في مجن قيمته خمسة دراهم رواه الجوزجاني بإسناده وقال عطاء وأبو حنيفة وأصحابه : لا تقطع اليد إلا في دينار أو عشرة دراهم

لما روى الحجاج ^(١) بن أرطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا قطع إلا في عشرة دراهم ، وروى ابن عباس قال : قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم يد رجل في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم وعن النخعي لا تقطع اليد إلا في أربعين درهما .

ولنا ما روى ابن عمر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم ، متفق عليه ، قال ابن عبد البر هذا أصح حديث يروى في هذا الباب لا يختلف أهل العلم في ذلك .

وحديث أبي حنيفة الأول يرويه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف والذي يرويه عن الحجاج ضعيف أيضاً والحديث الثاني لا دلالة فيه على أنه لا يقطع بما دونه فإن من أوجب القطع ثلاثة دراهم أوجب به عشرة ، ويدل هذا الحديث على أن العرض يقوم بالدارم لأن المجن قوم بها ولأن ما كان الذهب فيه أصلاً كان الورق فيه أصلاً كنصب الزكاة والديات وقيم المتلفات .

وقد روى أنس أن سارقاً سرق مجنا ما يسرني أنه لي بثلاثة دراهم أو ما يساوي ثلاثة دراهم فقطعه أبو بكر ، وأتى عثمان برجل قد سرق أترجة فأمر بها عثمان فأقيمت فبلغت قيمتها ربع دينار فأمر به عثمان فقطع .

(فصل) وإذا سرق ربع دينار من المضروب الخالص ففيه القطع ، وإن كان فيه غش أو تبر يحتاج إلى تصفية لم يجب القطع حتى يبلغ ما فيه من الذهب ربع دينار لأن السبك ينقصه ، وإن سرق ربع دينار قراضه أو تبراً خالصاً أو حلياً ففيه القطع نص عليه أحمد في رواية الجوزجاني قال : قلت له كيف يسرق ربع دينار؟ فقال قطعة ذهب أو خاتماً أو حلياً ، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ،

(١) قال يحيى بن معين : الحجاج بن أرطاة كوفي ليس بالقوى دلس عن محمد ابن عبد الله العزمي عن عمرو بن شعيب فلا يحتاج بحديثه ، قال أحمد : كان الحجاج من الحفاظ فقليل له : فلم هو ليس عند الناس بذلك ؟ قال : لأن في حديثه زيادة على حديث الناس ليس يكاد له حديث إلا فيه زيادة ، وقال يحيى بن سعيد هو مضطرب الحديث .

وذكر القاضي في وجوب القطع احتمالين ، أحدهما : لا قطع عليه ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن الدينار إسم للمضروب .

ولنا أن ذلك ربع دينار لأنه يقال دينار قراضة ومكسر أو دينار خالص ولأنه لا يمكنه سرقة ربع دينار مفرد في الغالب إلا مكسوراً ، وقد أوجب عليه القطع بذلك ولأنه حق لله تعالى يتعلق بالمضروب فتعلق بما ليس بمضروب كالزكاة . والخلاف فيها إذا سرق من المكسر والتبر مالا يساوي ربع دينار صحيح ، فإن يبلغ ذلك ففيه القطع والدينار هو المثقال من مثاقيل الناس اليوم وهو الذي كل سبعة منها عشرة دراهم وهو الذي كان على عهد رسول الله (ص) وقبله ولم يتغير ، وإنما كانت الدراهم مختلفة لجمعت وجعلت كل عشرة منها سبعة مثاقيل فهي التي يتعلق القطع بثلاثة منها إذا كانت خالصة مضروبة كانت أو غير مضروبة على ما ذكرناه في الذهب .

وعند أبي حنيفة أن النصاب إنما يتعلق بالمضروب منها ، وقد ذكر ما دل عليه ويحتمل ما قاله في الدراهم لأن إطلاقها يتناول الصحاح المضروبة بخلاف ربع الدينار على أننا قد ذكرنا فيها احتمالاً متقدماً فیهنا أولى ، وما قوم من غيرهما بهما فلا قطع فيه حتى يبلغ ثلاثة دراهم صحاحاً لأن إطلاقها ينصرف إلى المضروب دون المكسر .

الشرط الثالث : أن يكون المسروق مالا فإن سرق ماليس بمال كالحرق فلا قطع فيه صغيراً كان أو كبيراً ، وبهذا قال الشافعي والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال الحسن والشعبي ومالك وإسحاق يقطع بسرقة الحر الصغير لأنه غير مميز أشبه العبد ، وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد ولنا أنه ليس بمال فلا يقطع بسرقة كالكبير النائم .

إذا ثبت هذا . فإنه إن كان عليه حلي أو ثياب تبلغ نصاباً لم يقطع . وبه قال أبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي ، وذكر أبو الخطاب وجهاً آخر أنه يقطع ، وبه قال أبو يوسف وابن المنذر لظاهر الكتاب ، ولأنه سرق نصاباً من الحلي فوجب فيه القطع كما لو سرقة منفرداً .

ولنا أنه تابع لما لا قطع في سرقة أشبه ثياب الكبير ، ولأن يد الصبي على

ما عليه بدليل أن ما يوجد مع اللقيط يكون له ، وهكذا لو كان الكبير نائماً على متاع فسرقه ومتاعه لم يقطع لأن يده عليه . .

(فصل) وإن سرق عبداً صغيراً فعليه القطع في قول عامة أهل العلم : قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، منهم الحسن ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو حنيفة ومحمد . والصغير الذي يقطع بسرقة هو الذي لا يميز ، فإن كان كبيراً لم يقطع سارقه إلا أن يكون نائماً أو نجنونا أو أعجمياً لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فيقطع سارقه .
وقال أبو يوسف : لا يقطع سارق العبد وإن كان صغيراً ، لأن من لا يقطع بسرقة كبيراً لا يقطع بسرقة صغيراً كالحر .

ولنا أنه سرق مالا مملوكاً تبلغ قيمته نصيباً فوجب القطع عليه كسائر الحيوانات ، وفارق الحر فإنه ليس بمال ولا مملوك ، وفارق الكبير لأن الكبير لا يسرق وإنما يخدع بشيء ، إلا أن يكون في حال زوال عقله بنوم أو جنون فتصح سرقة ويقطع سارقه ، فإن كان المسروق في حال نومه أو جنونه أم ولد ففي قطع سارقها وجهان .

أحدهما : لا يقطع لأنها لا يحل بيعها ولا نقل الملك فيها فأشبهت الحررة والثاني يقطع لأنها مملوكة تضمن بالقيمة فأشبهت القن ، وحكم المدبر حكم القن لأنه يجوز بيعه ويضمن بقيمته ، فأما المكاتب فلا يقطع سارقه لأن ملك سيده ليس بتام عليه لكونه لا يملك منافعه ولا استخدامه ولا أخذ أرش الجنابة عليه ولو جنى السيد عليه لزمه له الارش ، ولو استوفى منافعه كرها لزمه عوضها ، ولو حبسه لزمه أجره مثله مدة حبسه أو إنظاره مقدار مدة حبسه ، ولا يجب القطع لأجل ملك المكاتب في نفسه لأن الإنسان لا يملك نفسه فأشبه الحر ، وإن سرق من مال المكاتب شيئاً فعليه القطع لأن ملك المكاتب ثابت في مال نفسه إلا أن يكون السارق سيده فلا قطع عليه لأن له في ماله حقاً وشبهة تدراً الحد ، ولذلك لو وطئ جاريته لم يحدد .

(فصل) وإن سرق مائاً فلا قطع فيه ، قاله أبو بكر وأبو إسحاق بن شاقلا لأنه مما لا يتمول عادة ، ولا أعلم في هذا خلافاً ، وإن سرق كلاً أو ملحاً فقال

أبو بكر لا قطع فيه لأنه مما ورد الشرع باشتراك الناس فيه فأشبهه الماء . وقال أبو اسحاق بن شاقلا : فيه القطع لأنه يتمول عادة فأشبهه التبن والشعير ، وأما الثلج فقال القاضى هو كالماء لأنه ماء جامد فأشبهه الجليد ، والأشبه أنه كالمالح لأنه يتمول عادة فهو كالمالح المنعقد من الماء . وأما التراب فإن كان مما تقل الرغبات فيه كالذى يعد للتطين والبناء فلا قطع فيه لأنه لا يتمول ، وإن كان مما له قيمة كثيرة كالطين الارمنى الذى يعد للدواء أو المعد للغسل به أو الصبغ كالمغرة احتمل وجهين .

أحدهما لا قطع فيه لأنه من جنس مالا يتمول أشبه الماء والثانى فيه القطع لأنه يتمول عادة ويحمل الى البلدان للتجارة فيه فأشبهه العود الهندى ، ولا يقطع بسرقة السرجين لأنه ان كان نجسا فلا قيمة له ، وان كان طاهرا فلا يتمول عادة ولا تكثر الرغبات فيه فأشبهه التراب الذى للبناء ، وما عمل من التراب كاللبن والفخار ففيه القطع لأنه يتمول عادة .

(فصل)

وما عدا هذا من الاموال ففيه القطع ، سواء كان طعاما أو ثيابا أو حيوانا أو أحجارا أو قصبا أو حيدا أو نورة أو جصا أو زرينخا أو توابل أو نخارا أو زجاجا أو غيره ، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور . وقال أبو حنيفة : لا قطع على سارق الطعام الرطب الذى يتسارع اليه الفساد كالقواكه والطباخ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا قطع فى ثمر ولا كثر ، رواه أبو داود ، ولأن هذا معرض للمهلك أشبه ما لم يحرز . ولا قطع فيما كان أصله مباحا فى دار الاسلام كالصيود والخشب إلا فى الساج والابنوس والصندل والقنا والمعمول من الخشب فإنه يقطع به . وما عدا هذا لا يقطع به لأنه يوجد كثيرا مباحا فى دار الاسلام فأشبهه التراب

ولا قطع فى القرون وان كانت معمولة . لأن الصنعة لا تكون غالبية عليها بل القيمة لها بخلاف معمول الخشب ، ولا قطع عنده فى التوابل والنورة والجص والزرنيخ والملح والحجارة واللبن والفخار والزجاج . وقال الثورى : ما يفسد فى يومه كالتريد واللحم لا قطع فيه .

ولنا عموم قوله تعالى : والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما (وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق فذكر الحديث ثم قال : ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع ، رواه أبو داود وغيره .

وروى أن عثمان رضي الله عنه : أتى برجل قد سرق أترجة ، فأمر بها عثمان فأقيمت فبلغت قيمتها ربع دينار ، فأمر به عثمان فقطع ، رواه سعيد ، ولأن هذا مال يتمول في العادة ويرغب فيه فيقطع سارقه إذا اجتمعت الشروط كالمجفف ، ولأن ماوجب القطع في معموله وجب فيه قبل العمل كالذهب والفضة . وحديثهم أراد به الثمر المعلق بدليل حديثنا فإنه مفسر له ، وتشبيهه بغير المحرز لا يصح ، لأن غير المحرز مضيع ، وهذا محفوظ ولهذا افترق سائر الاموال بالمحرز وعدمه ، وقولهم يوجد مباحا في دار الاسلام ينتقض بالذهب والفضة والحديد والنحاس وسائر المعادن ، والتراب قد سبق القول فيه .

(فصل) فإن سرق مصحفا فقال أبو بكر والقاضي لا قطع فيه ، وهو قول أبي حنيفة لأن المقصود منه ما فيه من كلام الله ، وهو مما لا يجوز أخذ العوض عنه . واختار أبو الخطاب وجوب قطعه وقال هو ظاهر كلام أحمد فإنه سئل عن سرق كتابا فيه علم لينظر فيه ، فقال : كل ما بلغت قيمته ثلاثة دراهم فيه القطع ، وهذا قول مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لعموم الآية في كل سارق ولأنه متقوم تبليغ قيمته نصابا فوجب القطع بسرقة ، ككتب الفقه ، ولا خلاف بين أصحابنا في وجوب القطع بسرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية ، فإن كان المصحف محلي بحلية تبليغ نصابا ، خرج فيه وجهان عند من لم ير القطع بسرقة المصحف .

أحدهما لا يقطع ، وهذا قياس قول أبي اسحاق بن شاقلا ومذهب أبي حنيفة لأن الحلي تابعة لمالا يقطع بسرقة أشبهت ثياب الحر .

والثاني يقطع ، وهو قول القاضي لأنه سرق نصابا من الحلي فوجب قطعه كما لو سرقه منفردا ، وأصل هذين الوجهين من سرق صديا عليه حلي

فصل

وإن سرق عينا موقوفة وجب القطع عليه لأنها مملوكة للموقوف عليه ، ويحتمل أن لا يقطع بناء على الوجه الذي يقول إن الموقوف لا يملكه الموقوف عليه .
الشرط الرابع : أن يسرق من حرز ويخرجه منه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وهذا مذهب عطاء والشعبي وأبي الأسود الدؤلي وعمر بن عبد العزيز والزهري وعمر بن دينار والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن أحد من أهل العلم خلافهم الا قولاً حكى عن عائشة والحسن والنخعي فيمن جمع المتاع ولم يخرج به من الحرز عليه القطع .

وعن الحسن مثل قول الجماعة ، وحكى عن داود أنه لا يعتبر الحرز لأن الآية لا تفصيل فيها وهذه أقوال شاذة غير ثابتة عن نقل عنه .

قال ابن المنذر : وليس فيه خبر ثابت ولا مقال لأهل العلم الا ما ذكرناه فهو كالإجماع والإجماع حجة على من خالفه ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً من مزينة سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الثمار فقال : ما أخذ في غير اكمامه فاحتمل ففيه قيمته ومثله معه ، وما كان في الخزائن ففيه القطع اذا بلغ ثمن المجن ، رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ، وهذا الخبر يخص الآية كما خصناها في اعتبار النصاب ، اذا ثبت اعتبار الحرز والحرز ما عد حرزاً في العرف فانه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه علم أنه رد ذلك الى أهل العرف لأنه لا طريق الى معرفته الا من جهته فيرجع اليه كما رجعنا اليه في معرفة القبض والفرقة في البيع وأشباه ذلك .

اذا ثبت هذا : فإن من حرز الذهب والفضة والجواهر الصناديق تحت الاغلاق والاقفال الوثيقة في العمران ، وحرز الثياب وما خف من المتاع كالصفر والنحاس والرصاص في الدكاكين والبيوت المعلقة في العمران أن يكون فيها حافظ فيكون حرزاً وان كانت مفتوحة ، وان لم تكن مغلقة ولا فيها حافظ فليست بحرز ، وان كانت فيها خزائن مغلقة فالخزائن حرز لما فيها وما خرج عنها فليس بحرز .

وقد روى عن أحمد في البيت الذي ليس عليه غلق يسرق منه أراه سارقا ، وهذا محمول على أن أهله فيه . فأما البيوت التي في البساتين أو الطرق أو الصحراء فإن لم يكن فيها أحد فليست حرزا سواء كانت مغلقة أو مفتوحة لأن من ترك متاعه في مكان خال من الناس والغمران وانصرف عنه لا يعد حافظا له وإن أغلق عليه ، وإن كان فيها أهلها أو حافظ فهي حرز سواء كانت مغلقة أو مفتوحة وإذا كان لباسا للثوب أو متوسدا له نائما أو مستيقظا أو مفترشا له أو متكئا عليه في أي موضع كان من البلدة أو برية فهو محرز بدليل أن رداء صفوان سرق وهو متوسد له فقطع النبي صلى الله عليه وسلم سارقه ، وإن تخرج عن الثوب زال الحرز إن كان نائما ؛ وإن كان الثوب بين يديه أو غيره من المتاع كبز البرازين وقماش الباعة وخبز الخبازين بحيث يشاهده وينظر إليه فهو محرز وإن نام أو كان غائبا عن موضع مشاهدته فليس بمحرز ، وإن جعل المتاع في الغرائر وعلم عليها ومعهما حافظ يشاهدها فهي محرزة وإلا فلا .

(فصل) والخيمة والحركاه إن نصبت وكان فيها أحد نائما أو منتبها فهي محرزة وما فيها لأنها هكذا تحرز في العادة وإن لم يكن فيها أحد ولا عندها حافظ فلا قطع على سارقها ، وعن أوجب القطع في السرقة من الفسطاط : الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي إلا أن أصحاب الرأي قالوا يقطع السارق من الفسطاط دون سارق الفسطاط .

ولنا أنه محرز بما جرت به العادة أشبه ما فيه .

(فصل) وحرز البقل وقدور الباقلاء ونحوها بالشرائح من القصب أو الخشب إذا كان في السوق حارس وحرز الخشب والحطب والقصب في الحظائر وتعبئة بعضه على بعض وتقييده بقيد بحيث يعسر أخذ شيء منه على ما جرت به العادة إلا أن يكون في فندق مغلق عليه فيكون محرضا وإن لم يقيد .

(فصل) والإبل على ثلاثة أهراب : باركة وراعية وسائرة . فأما الباركة فإن كان معها حافظ لها وهي معقولة فهي محرزة وإن لم تكن معقولة وكان الحافظ ناظرا إليها أو مستيقظا بحيث يراها فهي محرزة ، وإن كان نائما أو مشغولا عنها فليست محرزة لأن العادة أن الرعاة إذا أرادوا النوم عقلوا إبلهم ولأن حل المعقولة

ينبه النائم والمشتغل وإن لم يكن معها أحد فهي غير محرزة سواء كانت معقولة أو لم تكن ، وأما الراعية : فحرزها بنظر الراعي اليها فما غاب عن نظره أو نام عنه فليس بمحرز لأن الراعية إنما تحرز بالراعي ونظره .

وأما السائرة : فإن كان معها من يسوقها فحرزها نظره اليها سواء كانت مقطرة أو غير مقطرة وما كان منها بحيث لا يراه فليس بمحرز وإن كان معها قائد فحرزها أن يكثر الالتفات اليها والمراعاة لها ويكون بحيث يراها إذا التفت ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يحرز القائد إلا التي زمامها بيده لأنه يوليها ظهره ولا يراها إلا نادراً فيمكن أخذها من حيث لا يشعر .

ولنا أن العادة في حفظ الإبل المقطرة بمراعاتها بالالتفات وإمساك زمام الأول فكان ذلك حرزاً لها كالتى زمامها في يده فإن سرق من أحمال الجمال السائرة المحرزة متاعاً قيمته نصاب قطع ، وكذلك إن سرق الحمل وإن سرق الحمل بما عليه وصاحبه نائم عليه لم يقطع لأنه في يد صاحبه وإن لم يكن صاحبه نائماً عليه قطع وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه لأن ما في الحمل محرز به فإذا أخذ جميعه لم يهتك حرز المتاع فصار كالو سرق أجزاء الحرز .

ولنا أن الحمل محرز بصاحبه ولهذا لو لم يكن معه لم يكن محرزاً فقد سرقه من حرز مثله فأشبهه ما لو سرق المتاع ولا نسلم أن سرقة الحرز من حرزه لا توجب القطع فإنه لو سرق الصندوق بما فيه من بيت هو محرز فيه وجب قطعه وهذا التفصيل في الإبل التي في الصحراء ، فأما التي في البيوت والمكان المحصن على الوجه الذي ذكرناه في الثياب فهي محرزة والحكم في سائر المواشي كالحكم في الإبل على ما ذكرناه من التفصيل فيها .

(فصل) وإذا سرق من الحمام ولا حافظ فيه فلا قطع عليه في قوم عامتهم ، وإن كان ثم حافظ فقال أحمد ليس على سارق الحمام قطع .

وقال في رواية ابن منصور لا يقطع سارق الحمام إلا أن يكون على المتاع قاعد مثل ما صنع بصفوان ، وهذا قول أبي حنيفة لأنه مأذون للناس في دخوله فجرى مجرى سرقة الضيف من البيت المأذون له في دخوله ولأن دخول الناس إليه يكثر فلا يتمكن الحافظ من حفظ ما فيه .

قال القاضي : وفيه رواية أخرى أنه يجب القطع إذا كان فيه حافظ ، وهو قول مالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر لأنه متاع له حافظ فيجب قطع سارقته كما لو كان في بيت والاول أصح وهذا يفارق ما في البيت من الوجهين اللذين ذكرناهما ، فأما ان كان صاحب الثياب قاعدا عليها أو متوسدا لها أو جالسا وهي بين يديه يحفظها قطع سارقها بكل حال كما قطع سارق رداء صفوان من المسجد وهو متوسد له ، وكذلك إن كان نائب صاحب الثياب ، إما الحمامي وأما غيره حافظا لها على هذا الوجه قطع سارقها لأنها محرزة وإن لم تكن كذلك فقال القاضي ان نزع الداخل ثيابه على ما جرت به العادة ولم يستحفظها لاحد فلا قطع على سارقها ولا غرم على الحمامي لانه غير مودع فيضمن ولا هي محرزة فيقطع سارقها وإن استحفظها الحمامي فهو مودع يلزمه مراعاتها بالنظر والحفظ فإن تشاغل عنها أو ترك النظر اليها فسرقت فعليه الغرم لتفريطه ولا قطع على السارق ولأنه لم يسرق من حرز ، وإن تعاهدهما الحمامي بالحفظ والنظر فسرقت فلا غرم عليه لعدم تفريطه وعلى السارق القطع لأنها محرزة ، وهذا مذهب الشافعي ، وظاهر مذهب أحمد أنه لا قطع عليه في هذه الصورة لما تقدم .

قال ابن المنذر : قال أحمد أرجو أن لا قطع عليه لأنه ما ذون للناس في دخوله ولو استحفظ رجل آخر متاعه في المسجد فسرق فإن كان قد فرط في مراعاته ونظره اليه فعليه الغرم اذا كان التزم حفظه وأجابه الى ما سأله وإن لم يجبه لكن سكن لم يلزمه غرم لأنه ما قبل الاستيداع ولا قبض المتاع ولا قطع على السارق في الموضعين لأنه غير محرز وإن حفظ المتاع بنظره اليه وقربه منه فسرق فلا غرم عليه وعلى السارق القطع لأنه سرق من حرز ويفارق المتاع في الحمام فإن الحفظ فيه غير ممكن لان الناس يضع بعضهم ثيابه عند ثياب بعض ويشته على الحمامي صاحب الثياب فلا يمكنه منع أخذها لعدم عليه بالسكها .

(فصل) وحرز حائط الدار كونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران أو كانت في الصحراء وفيها حافظ فإن أخذ من أجزاء الحائط أو خشبه نصيبا في هذه الحال وجب قطعه لان الحائط حرز لغيره فيكون حرزا لنفسه وإن هدم الحائط ولم يأخذه

فلا قطع عليه فيه كما لو أتلّف المتاع في الحرز ولم يسرقه ، فإن كانت الدار بحيث لا تكون حرزاً لما فيها كدار في الصحراء لا حافظ فيها فلا قطع على من أخذ من حائطها شيئاً لأنها إذا لم تكن حرزاً لما فيها فلنفسها أولى

وأما باب الدار فإن كان منصوباً في مكانه فهو محرز سواء كان مغلقاً أو مفتوحاً لأنه هكذا يحفظ. وعلى سارقه القطع إذا كانت الدار محرزة بما ذكرناه، وأما أبواب الخزانة في الدار فإن كان باب الدار مغلقاً فهي محرزة سواء كانت مفتوحة أو مغلقة ، وإن كان مفتوحاً لم تكن محرزة إلا أن تكون مغلقة أو يكون في الدار حافظ والفرق بين باب الدار وباب الخزانة أن أبواب الخزانة تحرز بباب الدار . باب الدار لا يحرز إلا بنصبه ولا يحرز بغيره وأما حلقة الباب فإن كانت مسمورة فهي محرزة وإلا فلا لأنها تحرز بتسميرها .

(فصل) وإن سرق باب مسجد منصوباً أو باب الكعبة المنسوب أو سرق من سقفه شيئاً أو تأزيره ففيه وجهان

أحدهما . عليه القطع وهو مذهب الشافعي وأبو القاسم صاحب مالك وأبي ثور وابن المنذر لأنه سرق نصاباً محرزاً بحرز مثله لا شبهة له فيه فلزمه القطع كباب بيت آدمي .

والثاني : لا قطع عليه وهو قول أصحاب الرأي لأنه لا مالك له من المخلوقين فلا يقطع فيه كحصر المسجد وقناده فإنه لا يقطع بسرقة ذلك وجمعاً واحداً لكونه مما ينتفع به فيكون له فيه شبهة فلم يقطع به كالسرقة من بيت المال وقال أحمد لا يقطع بسرقة ستارة الكعبة الخارجية منها ، وقال القاضي هذا محمول على ما ليست بمخيلة لأنها إنما تحرز بخياطتها . وقال أبو حنيفة لا قطع فيها بحال لما ذكرنا في الباب . (فصل) وإذا أجر داره ثم سرق منها مال المستأجر فعليه القطع وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وقال أصحابه لا قطع عليه لأن المنفعة تحدث في ملك الأجر ثم تنتقل إلى المستأجر .

ولنا : أنه هتك حرزاً وسرق منه نصاباً لا شبهة له فوجب القطع كما لو سرق من ملك المستأجر وما قالاه لا نسله ، ولو استعار داراً فنتقها المعير وسرق مال المستعير منها قطع أيضاً ، وبهذا قال الشافعي في أحد الوجهين

وقال أبو حنيفة لا قطع عليه لان المنفعة ملك له فهاهنا حرز غيره ولان له الرجوع متى شاء وهذا يكون رجوعا

ولنا ما تقدم في التي قبلها ولا يصح ما ذكره لان هذا قد صار حرزا للمال غيره لا يجوز له الدخول إليه وإنما يجوز له الرجوع في العارية والمطالبة برده إليه (فصل) وإن غصب يثماً فأحرز فيه ماله فسرقة منه أجنبي أو المفصوب منه فلا قطع عليه لانه لا حكم بحرزه اذا كان متعديا به ظلماً فيه .

(فصل) واذا سرق الضيف من مال مضيفه شيئاً نظرت، فإن سرقة من الموضع الذي أنزله فيه أو موضع لم يحرزه عنه لم يقطع لانه لم يسرق من حرز ، وإن سرق من موضع محرز دونه نظرت فإن كان ممنعه قراه فسرقة بقدره فلا قطع عليه أيضاً ، وإن لم يمنعه قراه فعليه القطع وقد روى عن أحمد أنه لا قطع على الضيف وهو محمول على إحدى الحالتين الأولين وقال أبو حنيفة لا قطع عليه بحال لان المضيف بسطه في بيته وماله فأشبهه ابنه .

ولنا : أنه سرق مالا محرزا عنه لأشبهه له فيه فلزمه القطع كالأجنبي ، وقوله إنه بسطه فيه لا يصح فإنه أحرز عنه هذا المال ولم يبسطه فيه وتبسطه في غيره لا يوجب تبسطه فيه كالأجنبي تصدق على مسكين بصدقة أو أهدى الى صديقه هدية فإنه لا يسقط عنه القطع بالسرقه من غير ما تصدق به عليه أو أهدى إليه

(فصل) واذا أحرز المضارب مال المضاربة أو الوديعة أو العارية أو المال الذي وكل فيه فسرقة أجنبي فعليه القطع لانعلم فيه مخالفا لانه ينوب مناب المالك في حفظ المال وأحرازه ويده كيده وإن غصب عيناً وأحرزها أو سرقها وأحرزها فسرقتها سارق فلا قطع عليه ، وقال مالك عليه القطع لانه سرق نصاباً من حرز مثله لأشبهه له فيه وللشافعي قولان كالمذهبين ، وقال أبو حنيفة كقولنا في السارق وكقولهم في الغاصب .

ولنا : أنه لم يسرق المال من مالك ولا ممن يقوم مقامه فأشبهه ما لو وجدته ضائعاً فأخذه وفارق السارق من المالك أو نائبه فإنه أزال يده وسرق من حرزه (فصل) وإن سرق نصاباً أو غصبه فأحرزه فجاء المالك فتهتك الحرز وأخذ ماله فلا قطع عليه عند أحد سواء أخذه سرقة أو غيرها لانه أخذ ماله؛ وإن سرق

غيره ففيه وجهان : أحدهما : لا قطع فيه لأن له شبهة في هتك الحرز وأخذ ماله فصار كالسارق من غير حرز ، ولأن له شبهة في أخذ قدر ماله لذهاب بعض العلماء إلى جواز أخذ الانسان قدر دينه من مال من هو عليه .

والثاني : عليه القطع لأنه سرق نصاباً من حرزه لا شبهة له فيه ، وإنما يجوز له أخذ قدر ماله إذا عجز عن أخذ ماله وهذا أمكنه أخذ ماله فلم يعجز له أخذ غيره وكذلك الحكم إذا أخذ ماله وأخذ من غيره نصاباً متميزاً عن ماله ، فإن كان مختلطاً بماله غير متميز منه فلا قطع عليه لأنه أخذ ماله الذي له أخذه وحصل غيره ماخوذاً ضرورة أخذه فيجب أن لا يقطع فيه ولأن له في أخذه شبهة والحد يدرأ بالشبهات فأما إن سرق منه مالا آخر من غير الحرز الذي فيه ماله أو كان له دين على انسان فسرق من ماله قدر دينه من حرزه نظرت فإن كان الغاصب أو الغريم باذلاً لما عليه غير ممتنع من أدائه أو قدر المالك على أخذ ماله فتركه وسرق مال الغاصب أو الغريم فعليه القطع لأنه لا شبهة له فيه . وإن عجز عن استيفاء دينه أو أرش جنايته فسرق قدر دينه أو حقه فلا قطع عليه ، وقال القاضى عليه القطع بناء على أصلنا في أنه ليس له أخذ قدر دينه

ولنا أن هذا مختلف في حله فلم يجب الحد به ، كما لو وطئ في نكاح مختلف في صحته ، وتحريم الأخذ لا يمنع الشبهة الناشئة عن الاختلاف ، والحدود تدرأ بالشبهات ، فإن سرق أكثر من دينه فهو كالمغصوب منه إذا سرق أكثر من ماله على ما مضى .

(فصل) ولا بد من اخراج المتاع من الحرز لما قدمنا من الاجماع على اشتراطه فتم اخراجه من الحرز وجب عليه القطع سواء حمله الى منزله أو تركه خارجاً من الحرز وسواء أخرجه بأن حمله أو رمى به الى خارج الحرز أو شد فيه حبلاً ثم خرج فمده به أو شده على بهيمة ثم ساقها به حتى أخرجها أو تركه في نهر جار فخرج به ، ففي هذا كله يجب القطع لأنه هو المخرج له أما بنفسه وأما بآلته فوجب عليه القطع كما لو حمله فأخرجه ، وسواء دخل الحرز فأخرجه أو نقيه ثم أدخل اليه يده أو عصاها شجعة فاجتذبه بها ، وبهذا قال الشافعى

وقال أبو حنيفة لا قطع عليه الا أن يكون البيت صغيراً لا يمكنه دخوله لانه لم يهتك الحرز بما أمكنه فأشبهه المختلس .

ولنا أنه سرق نصاباً من حرز مثله لا شبهة له فيه وهو من أهل القطع فوجب عليه كما لو كان البيت ضيقاً ، ويخالف المختلس فإنه لم يهتك الحرز ، وان رمى المتاع فأطارته الريح فأخرجته فعليه القطع لأنه متى كان ابتداء الفعل منه لم يؤثر فعل الريح ، كما لو رمى صيداً فأعانت الريح السهم حتى قتل الصيد حل ؛ ولو رمى الجمار فأعانتها الريح حتى وقعت في المرمى احتسب به وصار هذا كما لو ترك المتاع في الماء فجرى به فأخرجه .

ولو أمر صبيلاً لا يميز فأخرج المتاع وجب عليه القطع لأنه آله له ، فأما ان ترك المتاع على دابة فخرجت بنفسها من غير سوقها أو ترك المتاع في ماء راكد فانفتح فخرج المتاع أو على حائط في الدار فأطارته الريح ففي ذلك وجهان . أحدهما عليه القطع لان فعله سبب خروجه فأشبه ما لو ساق البهيمة أو فتح الماء وحلق الثوب في الهواء .

والثاني لا قطع عليه لان الماء لم يكن آله للإخراج وإنما خرج المتاع بسبب حادث من غير فعله والبهيمة لها اختيار لنفسها .
(فصل) وإذا أخرج المتاع من بيت في الدار أو الحان الى الصحن ، فإن كان باب البيت مغلقاً ففتحه أو نقبه فقد أخرج المتاع من الحرز ، وان لم يكن مغلقاً فما أخرجه من الحرز . وقد قال أحمد : اذا خرج المتاع من البيت الى الدار يقطع وهو محمول على الصورة الاولى .

(فصل) قال أحمد : الطرار سرا يقطع ، وان اختلس لم يقطع ، ومعنى الطرار الذي يسرق من جيب الرجل أو كفه أو صفيه ، وسواء بط ما أخذ منه المسروق أو قطع الصنف فأخذه أو أدخل يده في الجيب فأخذ ما فيه فإن عليه القطع . وروى عن أحمد في الذي يأخذ من جيب الرجل وكفه لا قطع عليه فيكون في ذلك روايتان :

(فصل) وإذا دخل السارق حرزاً فاحتلب لبناً من ماشية وأخرجه فعليه القطع وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه لانه من الاشياء الرطبة ،

وقد مضى الكلام معه في هذا ، وإن شربه في الحرز أو شرب منه ما ينقص النصاب فلا قطع عليه لأنه لم يخرج من الحرز نصاباً ، وإن ذبح الشاة في الحرز أو شق الثوب ثم أخرجهما وقيمتها بعد الشق والذبح نصاب فعليه القطع وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه في الشاة لأن اللحم لا يقطع عنده بسرقة والثوب إن شق أكثره فلا قطع فيه لأن صاحبه مخير بين أن يضمه قيمة جميعه فيكون قد أخرجه وهو ملك له ، وقد تقدم الكلام معه في هذه الأصول . وإن دخل الحرز فابتلع جوهرة وخرج فلم يخرج فلا قطع عليه لأنه أتلفها في الحرز ، وإن خرجت فقيه وجهان .

أحدهما يجب لأنه أخرجهما في وعاءها فأشبهه إخراجها في كفه . والثاني لا يجب لأنه ضمنها بالبلع فكان إتلافاً لها ، ولأنه ملجأ إلى إخراجها لأنه لا يمكنه الخروج بدونها ، وإن تطيب في الحرز بطيب وخرج ولم يبق عليه من الطيب ما إذا جمع كان نصاباً فلا قطع عليه لأن ما لا يجتمع قد أتلفه باستعماله فأشبه ما لو أكل الطعام وإن كان يبلغ نصاباً فعليه القطع لأنه أخرج نصاباً .

وذكر فيه وجه آخر فيما إذا كان ما تطيب به يبلغ نصاباً فعليه القطع ، وإن نقص ما يجتمع عن النصاب لأنه أخرج نصاباً والاول أولى ، وإن جر خشبة فألقاها بعد أن أخرج بعضها من الحرز فلا قطع عليه سواء خرج منها ما يساوي نصاباً أو لم يكن لأن بعضها لا ينفرد عن بعض ، وكذلك لو أمسك الغاصب طرف عمامة والطرف الآخر في يد مالكها لم يضمها . وكذلك إذا سرق ثوباً أو عمامة فأخرج بعضهما .

(فصل) وإذا نقب الحرز ثم دخل فأخرج ما دون النصاب ثم دخل فأخرج ما يتم به النصاب نظرت فإن كان في وقتين متباعدين أو ليلتين لم يجب القطع لأن كل واحدة منهما سرقة مفردة لا تبلغ نصاباً ، وكذلك إن كانا في ليلة واحدة وبينهما مدة طويلة . وإن تقاربا وجب قطعه لأنها سرقة واحدة ، وإذا بنى فعل أحد الشريكين على فعل شريكه فبناء فعل الواحد بعضه على بعض أولى

الشرط الخامس والسادس والسابع : ككون السارق مكافاً وثبتت السرقة ويطالب بها المالك بالمعروف وتنقضي الشبهات ويذكر ذلك في مواضعه

« مسألة ، قال (إلا أن يكون المسروق ثمراً أو كثر فلا قطع فيه) »

يعنى به الثمر فى البستان قبل إدخاله الحرز ، فهذا لا قطع فيه عند أكثر الفقهاء . كذلك الكثر المأخوذ من النخل وهو جمار النخل . روى معنى هذا القول عن ابن عمر وبه قال عطاء ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور : ان كان من ثمر أو بستان محرز ففيه القطع وبه قال ابن المنذر إن لم يصح خبر رافع قال ولا أحسبه ثابتاً ، واحتجوا بظاهر الآية وبقياسه على سائر المحرزات .

ولنا ما روى رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا قطع فى ثمر ولا كثر ، أخرجه أبو داود وابن ماجه : وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الثمر المعلق فقال : من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبئة فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة : ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع ، وهذا يخص عموم الآية ولأن البستان ليس بحرز لغير الثمر فلا يكون حرزاً له كما لو لم يكن محوطاً ، فأما ان كانت نخلة أو شجرة فى دار محرزة فسرق منها نصيباً ففيه القطع لأنه سرق من حرز والله أعلم (فصل) وان سرق من الثمر المعلق فعليه غرامة مثليه ، وبه قال إسحاق للخبر المذكور وقال أحمد : لا أعلم سبباً يدفعه . وقال أكثر الفقهاء : لا يجب فيه أكثر من مثله .

قال ابن عبد البر : لا أعلم أحداً من الفقهاء قال بوجوب غرامة مثليه ، واعتذر بعض أصحاب الشافعى عن هذا الخبر بأنه كان حين كانت العقوبة فى الاموال ثم نسخ ذلك .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم وهو حجة لا تجوز مخالفته إلا بمعارضة مثله أو أقوى منه ، وهذا الذى اعتذر به هذا القائل دعوى للنسخ بالاحتمال من غير دليل عليه وهو فاسد بالاجماع ثم هو فاسد من وجه آخر بقوله : ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع ، فقد بين وجوب القطع مع إيجاب غرامة مثليه وهذا يبطل ما قاله . وقد احتج أحمد بأن عمر أغرم حاطب

ابن أبي بلتعة حين انتحر غلده ناقة رجل من مزينة مثلي قيمتها ، وروى الاثر
الحديثين في سننه .

قال أصحابنا : وفي الماشية تسرق من المرعى من غير أن تكون محرزة مثلا
قيمتها للحديث ، وهو ما جاء في سياق حديث عمرو بن شعيب أن السائل قال :
الشاة الحريسة منهم يابى الله ؟ قال : ثمنها ومثله معه والفكالك ، وما كان في المراح
فقيه القطع إذا كان ما يأخذه من ذلك ثمن المجن ، هذا لفظ رواية ابن ماجة وما
عدا هذين لا يغرم بأكثر من قيمته أو مثله إن كان مثليا ، هذا قول أصحابنا وغيرهم
إلا أبابكر فإنه ذهب إلى إيجاب غرامة المسروق من غير حرز بمثليه قياسا على الثمر
المعلق وحريسة الحبل استدلالا بحديث حاطب .

ولنا أن الأصل وجوب غرامة المثل بمثله والمتقوم بقيمته بدليل المتلف
والمغصوب والمنتهب والمختلس وسائر ما تجب غرامته خوفا في هذين الموضعين
للأثر ففيما عداه يبقى على الأصل .

مسألة ، قال (وأبتداء قطع السارق أن تقطع يده اليمنى من مفصل الكف
ويحسم فإن عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب وحسمت)

لا خلاف بين أهل العلم في أن السارق أول ما يقطع منه يده اليمنى من مفصل
الكعب وهو الكوع ، وفي قراءة عبد الله بن مسعود (فاقطعوا أيماهما) وهذا إن
كان قراءة والا فهو تفسير .

وقد روى عن أبي بكر الصديق وعمر رضي الله عنهما أنهما قالا : إذا سرق
السارق فاقطعوا يمينه من الكوع ولا يخالف لهما في الصحابة ، ولأن البطش بها
أقوى فكانت البداية بها أردع ، ولأنها آلة السرقة فناسب عقوبته بإعدام آلتها
وإذا سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى ، وبذلك قال الجماعة إلا عطاء حكي عنه أنه
تقطع يده اليسرى لقوله سبحانه (فاقطعوا أيديهما) ولأنها آلة السرقة والبطش
فكانت العقوبة بقطعها أولى . وروى ذلك عن ربيعة وداود وهذا شذوذ يخالف
قول جماعة فقهاء الأمصار من أهل الفقه والأثر من الصحابة والتابعين ومن بعدهم
وهو قول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما .

وقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في السارق : إذا سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجليه ، ولأنه في المحاربة الموجبة قطع عضوين إنما تقطع يده ورجله ولا تقطع يداه فنقول : جناية أوجبت قطع عضوين فكانا رجلا ويبدأ بالمحاربة ولأن قطع يديه يفوت منفعة الجنس فلا تبقى له يد يأكل بها ولا يتوضأ ولا يستطيب ولا يدفع عن نفسه فيصير كالهالك فكان قطع الرجل الذي لا يشتمل على هذه المفسدة أولى .

وأما الآية فالمراد بها قطع يد كل واحد منهما بدليل أنه لا تقطع اليدان في المرة الأولى وفي قراءة عبد الله (فاقطعوا أيانها) وإنما ذكر بلفظ الجمع لأن المشي إذا أضيف إلى المشي ذكر بلفظ الجمع كقوله تعالى فخذ صنت قلوبكما . إذا ثبت هذا : فإنه تقطع رجلاه اليسرى لقول الله تعالى (أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف) ولأن قطع اليسرى أرفق به لأنه يمكنه المشي على خشبة ولو قطعت رجلاه اليمنى لم يمكنه المشي بحال ، وتقطع الرجل من مفصل الكعب في قول أكثر أهل العلم وفعل ذلك عمر رضي الله عنه وكان على رضي الله عنه يقطع من نصف القدم من معقد الشراك ويدع له عقبا يمشي عليها ، وهو قول أبي ثور .

ولنا أنه أحد العضوين المقطوعين في السرقة فيقطع من المفصل كاليد وإذا قطع حسم وهو أن يغلى الزيت فإذا قطع غمس عضوه في الزيت لتنسد أفواه العروق لئلا ينزف الدم فيموت .

وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق سرق شملة فقال : اقطعوه واحسموه ، وهو حديث فيه مقال قاله ابن المنذر ، ومن استحب ذلك الشافعي وأبو ثور وغيرهما من أهل العلم ويكون الزيت من بيت المال لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به القاطع وذلك يقتضي أن يكون من بيت المال فإن لم يحسم فذكر القاضي أنه لا شيء عليه لأن عليه القطع لا مداواة المحدود ، ويستحب المقطوع حسم نفسه فإن لم يفعل لم يأنم لأنه ترك التداوى في المرض وهذا مذهب الشافعي (فصل) ويقطع السارق بأسهل ما يمكن فيجلس ويضبط لئلا يتحرك فيجنى على نفسه وتشد يده بحبل وتجر حتى يبين مفصل الكف من مفصل الذراع

ثم يوضع بينهما سكين حاد ويدق فوقهما بقوة ليقطع في مرة واحدة أو توضع السكين على المفصل وتدى مدة واحدة وإن علم قطع أوحى من هذا قطع به .

(فصل) ويسن تطويق اليد في عنقه لما روى فضالة بن عبيد أن النبي (ص) أتى بسارق فقطعت يده ثم أمر بها فعلق في عنقه ، رواه أبو داود وابن ماجه وفعل ذلك على رضى الله عنه ولأن فيه ردعا وزجرا .

(فصل) ولا تقطع في شدة حر ولا برد لأن الزمان ربما أعان على قتله والغرض الزجر دون القتل ، ولا تقطع حامل حال حملها ولا بعد وضعها حتى ينقضى نفاسها لئلا يفضى الى تلفها وتلف ولدها ولا يقطع مريض في مرضه لئلا يأتي على نفسه ، ولو سرق فقطعت يده ثم سرق قبل اندمال يده لم يقطع ثانيا حتى يندمل القطع الاول ، وكذلك لو قطعت رجله قصاصا لم تقطع اليد في السرقة حتى تبرا الرجل .

فإن قيل : أليس لو وجب عليه قصاص في اليد الأخرى لقطعت قبل الاندمال والمحارب تقطع يده ورجله دفعة واحدة ، وقد قلنا في المريض الذي وجب عليه الحد لا ينتظر برؤه فلم خالفتم ذلك هنا .

قلنا : القصاص حق آدمي يخاف فوته وهو مبني على الضيق لحاجته اليه ولأن القصاص قد يجب في يد ويجب في يدين وأكثر في حالة واحدة فلماذا جاز أن نوالى بين قصاصين ونخالف لأن كل معصية لها حد مقدر لا تجوز الزيادة عليه فإذا والى بين حدين صار كالزيادة على الحد فلم يجوز .

وأما قطاع الطريق فإن قطع اليد والرجل حد واحد بخلاف ما نحن فيه ، وأما تأخير الحد للمريض ففيه منع وإن سلمنا فإن الجلد يمكن تخفيفه ويأتي به في المرض على وجه يؤمن معه التلف . والقطع لا يمكن تخفيفه

(فصل) وإذا سرق مرات قبل القطع أجزاء قطع واحد عن جميعها وتداخلت حدودها لأنه حد من حدود الله تعالى فإذا اجتمعت أسبابه تداخل كحد الزنا ، وذكر القاضى فيما إذا سرق من جماعة وجاموا متفرقين رواية أخرى أنها لا تتداخل ولعله يقيد ذلك على حد القذف ، والصحيح أنها تتداخل لأن القطع خالص حق الله تعالى فتداخل كحد الزنا والشرب وفارق حد القذف فإنه حق لآدمي

ولهذا يتوقف على المطالبة باستيفائه ويسقط بالعفو عنه ، فأما إن سرق فقطع ثم سرق ثانيا قطع ثانيا سواء سرق من الذي سرق منه أولا أو من غيره وسواء سرق تلك العين التي قطع بها أو غيرها وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة . إذا قطع بسرقة عين مرة لم يقطع بسرقتها مرة ثانية إلا أن يكون قد قطع بسرقة غزل ثم سرقة منسوجا أو قطع بسرقة رطب ثم سرقة تمرا واحتج بأن هذا يتعلق استيفاؤه بمطالبة آدمى فإذا تكرر سببه في العين الواحدة لم يتكرر كحد القذف .

ولنا أنه حد يجب بفعله في عين فتكرره في عين واحدة كتكرره في الأعيان كالزنا وما ذكره يبطل بالغزل إذا نسج والرطب إذا أتمر ولا نسلم حد القذف فإنه متى قذفه بغير ذلك الزنا حد وإن قذفه بذلك الزنا عقيب حده لم يحد لأن الغرض إظهار كذبه وقد ظهر وههنا الغرض رده عن السرقة ولم يرتدع بالاول فيردع بالثاني كالمودع إذا سرق عينا أخرى .

(فصل) ومن سرق ولا يبنى له قطعت رجله اليسرى كما يقطع في السرقة الثانية وإن كانت يمناه شلاء فقيها روايتان .

أحدهما : تقطع رجله اليسرى لأن الشلاء لا نفع فيها ولا جمال فاشبهت كفأ لا أصابع عليه قال إبراهيم الحربي عن أحمد فيمن سرق ويمناه جافة تقطع رجله . والرواية الثانية : أنه يسأل أهل الخبرة ، فإن قالوا إنها إذا قطعت رقا دمها وانحسمت عروقها قطعت لأنه أمكن قطع يمينه فوجب كما لو كانت صحيحة وإن قالوا : لا يرقا دمها لم تقطع لأنه يخاف تلفه وقطعت رجله ، وهذا مذهب الشافعي وإن كانت أصابع اليمنى كلها ذاهبة فقيها وجهان . أحدهما . لا تقطع وتقطع الرجل لأن الكف لا تجب فيه دية اليد فاشبه الذراع . والثاني : تقطع لأن الراحة بعض ما يقطع في السرقة فإذا كان موجوداً قطع كما لو ذهب الخنصر أو البنصر : وإن ذهب بعض الأصابع نظرننا ، فإن ذهب الخنصر والبنصر أو ذهبت واحدة سواهما قطعت لأن معظم نفعها باق وإن لم يبق إلا واحدة فهي كالتى ذهب جميع أصابعها وإن بقي اثنان فهل تلحق بالصحيحة أو بما قطع جميع أصابعها ؟ على وجهين : والاولى قطعها . لأن نفعها لم يذهب بالكفاية .

فصل

ومن سرق وله يمين فقطعت في قصاص أو ذهبت بأكلة أو تعدى عليه متعدد فقطعها سقط القطع ولا شيء على العادي إلا الأدب ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي .

وقال قتادة : يقتص من القاطع وتقطع رجل السارق وهذا غير صحيح فإن يد السارق ذهبت والقاطع قطع عضواً غير معصوم وإن قطعها قاطع بعد السرقة وقبل ثبوت السرقة والحكم بالقطع ثم ثبت ذلك فكذلك ؛ ولو شهد بالسرقة فحبسه الحاكم ليعدل الشهود فقطعه قاطع ، ثم عدلوا فكذلك ، وإن لم يعدلوا وجب القصاص على القاطع وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي : لا قصاص عليه لأن صدقهم محتمل فيكون ذلك شبهة .

ولنا . أنه قطع طرفاً بمن يكافئه عمداً بغير حق فلزمه القطع كما لو قطعه قبل إقامة البينة .

(فصل) وإن سرق فقطع الجذاذ يساره بدلاً عن يمينه أجزأت ولا شيء على القاطع إلا الأدب ، وبهذا قال قتادة والشعبي وأصحاب الرأي ، وذلك لأن قطع يمين السارق يفضي إلى تفويت منفعة الجنس وقطع يديه بسرقة واحدة فلا يشرع وإذا انتفى قطع يمينه حصل قطع يساره مجزئاً عن القطع الواجب ، فلا يجب على فاعله قصاص ، وقال أصحابنا : في وجوب قطع يمين السارق وجهان وللشافعي فيما إذا لم يعلم القاطع كونها يساراً أو ظناً أن قطعها يجزئ . قولان .

أحدهما : لا تقطع يمين السارق كيلاً تقطع يده بسرقة واحدة .

والثاني : تقطع كما لو قطعت يسراه قصاصاً ، فأما القاطع فاتفق أصحابنا والشافعي على أنه إن قطعها عن غير اختيار من السارق أو كان السارق أخرجها دهشة أو ظناً منه أنها تجزئ . وقطعها القاطع عالماً بأنها يسراه وأنها لا تجزئ . فعليه القصاص وإن لم يعلم أنها يسراه أو ظن أنها مجزئة فعليه ديتها ؛ وإن كان السارق أخرجها مختاراً عالماً بالأمرين فلا شيء على القاطع لأنه أذن في قطعها ، فأشبهه غير السارق والمختار عندنا ما ذكرناه والله أعلم .

« مسألة ، قال (فإن عاد حبس ولا يقطع غير يد ورجل)

يعنى إذا عاد فسرق بعد قطع يده ورجله لم يقطع منه شيء آخر وحبس ، وبهذا قال على رضى الله عنه والحسن والشعبي والنخعي والزهري وحماد والثوري وأصحاب الرأي ، وعن أحمد : انه تقطع في الثالثة يده اليسرى ، وفي الرابعة رجله اليمنى وفي الخامسة يعزر ويحبس .

وروى عن أبي بكر وعمر رضى الله عنهما أنها قطعا يد أقطع اليد والرجل وهذا قول قتادة ومالك والشافعي وأبي ثور وابن المنذر .

وروى عن عثمان وعمر وبن العاص وعمر بن عبد العزيز أنه تقطع يده اليسرى في الثالثة والرجل اليمنى في الرابعة ويقتل في الخامسة ، لأن حابراً قال : جىء الى النبي صلى الله عليه وسلم بسارق فقال « اقتلوه » فقالوا يا رسول الله إنما سرق فقال « اقطعوه » قال فقطع ثم جىء به الثانية فقال « اقتلوه » قالوا يا رسول الله إنما سرق قال « اقطعوه » فقطع ثم جىء به الثالثة فقال « اقتلوه » فقالوا يا رسول الله إنما سرق قال « اقطعوه » قال ثم أتى به الرابعة فقال « اقتلوه » قالوا يا رسول الله إنما سرق قال « اقطعوه » ثم أتى به الخامسة قال « اقتلوه » قال فانطلقنا به فقتلناه ثم اجترأناه فألقيناه في بئر ، رواه أبو داود .

وعن أبي هريرة رضى الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في السارق « وإن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله » ولأن اليسار تقطع قوداً فجاز قطعها في السرقة كاليمين ولأنه فعل أبي بكر وعمر رضى الله عنهما ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اقتلوا بالذين من بعدى أبي بكر وعمر » .

ولنا ما روى سعيد حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال حضرت علي بن أبي طالب رضى الله عنه أتى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لأصحابه ما ترون في هذا ؟ قالوا : اقطعه يا أمير المؤمنين قال قتلته إذا وما عليه المتل ، بأي شيء يأكل الطعام ؟ بأي شيء يتوضأ للصلاة ؟ بأي شيء يغتسل من جنابته ؟ بأي شيء يقوم على حاجته ؟ فرده الى السجن أياماً ثم أخرجه

فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الاول ، وقال لهم مثل ما قال اول مرة فجلده
جلداً شديداً ثم أرسله .

وروى عنه أنه قال : إني لاستحي من الله أن لا أدع له يداً يبطش بها ولا
رجلا يمشي عليها ، ولأن في قطع اليدين تفويت منفعة الجنس فلم يشرع في حد
كالقتل ، ولأنه لو جاز قطع اليدين لقطعت اليسرى في المرة الثانية لأنها آلة البطش
كاليمين وإنما لم تقطع للفسدة في قطعها لأن ذلك بمنزلة الإهلاك ، فإنه لا يمكنه أن
يتوضأ ولا يغتسل ولا يستنجي ولا يحترز من نجاسة ولا يزيلها عنه ولا يدفع عن
نفسه ولا يأكل ولا يبطش ، وهذه المفسدة حاصلة بقطعها في المرة الثالثة فوجب
أن يمنع قطعها كما منعه في المرة الثانية .

وأما حديث جابر ففي حق شخص استحق القتل ، بدليل أن النبي صلى الله عليه
وسلم أمر به في أول مرة وفي كل مرة ، وفعل ذلك في الخامسة ، ورواه النسائي
وقال حديث منكر .

وأما الحديث الآخر وفعل أبي بكر وعمر فقد عارضه قول علي ، وقد روى
عن عمر أنه رجع إلى قول علي ، فروى سعيد حدثنا أبو الاحوص عن سماك بن
حرب عن عبد الرحمن بن عابد قال : أتى عمر برجل أقطع اليد والرجل قد سرق
فأمر به عمر أن تقطع رجله ، فقال علي إنما قال الله تعالى (إنما جزاء الذين يحاربون
الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً) الآية ، وقد قطعت يدها ورجله فلا
ينبغي أن تقطع رجله فتدعه لیس له قائمة يمشي عليها ، إما أن تعززه وإما أن
تستودعه السجن فاستودعه السجن .

(فصل) وإن سرق من يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الأصابع
أو كانت يداه صحيحتين فقطعت اليسرى أو شلت قبل قطع يمينه لم تقطع يمينه على
الرواية الأولى وتقطع على الثانية ، وإن قطع يسراه قاطع متعمدا فعليه القصاص
لأنه قطع طرفاً معصوماً ، وإن قطعه غير متعمد فعليه دية ولا تقطع يمين السارق
وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي ، وفي قطع رجل السارق وجهان أحدهما لا يجب
لأنه لم يجب بالسرق وسقوط القطع عن يمينه لا يقتضي قطع رجله كما لو كان
المقطوع يمينه . والثاني تقطع رجله لأنه تعذر قطع يمينه فقطعت رجله كما لو كانت

اليسرى مقطوعة حال السرقة ، وإن كانت يمناه صحيحة ويسراه ناقصة نقصا يذهب بمعظم نفعها مثل أن يذهب منها الإبهام أو الوسطى أو السبابة ، احتمال أن يكون كقطعها وينتقل إلى رجله ، وهذا قول أصحاب الرأي ، واحتمل أن تقطع يمناه لأن له يداً ينتفع بها أشبه ما لو قطعت خنصرها ، وإن كانت يداه صحيحتين ورجله اليمنى شلاء أو مقطوعة فلا أعلم فيها قولاً لأصحابنا ويحتمل وجهين .
أحدهما . تقطع يمينه ، وهو مذهب الشافعى لأنه سارق له يمين فقطعت عملاً بالكتاب والسنة ، ولأنه سارق له يداً فتقطع يمناه ، كما لو كانت المقطوعة رجله اليسرى .

والثاني : لا يقطع منه شيء ، وهو قول أصحاب الرأي ، لأن قطع يمناه يذهب بمنفعة المشى من الرجلين ، فأما إن كانت رجله اليسرى شلاء ويدها صحيحتان قطعت يده اليمنى ، لأنه لا يخشى تعدى ضرر القطع إلى غير المقطوع ، وعلى قياس هذه المسألة لو سرق ويده اليسرى مقطوعة أو شلاء لم يقطع منه شيء . لذلك ، وأنكر هذا ابن المنذر وقال أصحاب الرأي بقولهم هذا ، خالفوا كتاب الله بغير حجة .

« مسألة ، قال (والحر والحررة والعبد والأمة في ذلك سواء)

أما الحر والحررة فلا خلاف فيهما وقد نص الله تعالى على الذكر والائى بقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولأنهما استويا في سائر الحدود . فكذلك في هذا ، وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم سارق رداء صفوان وقطع المخزومية التي سرقت القطيفة

فأما العبد والأمة فإن جمهور الفقهاء وأهل الفتوى على أنها يجب قطعهما بالسرقة إلا ما حكى عن ابن عباس أنه قال لا قطع عليهما لأنه حد لا يمكن تنصيفه فلم يجب في حقهما كالرجم ، ولأنه حد فلا يساوى العبد فيه الحر كسائر الحدود . ولنا عموم الآية . وروى الأثرم أن رقيقا لحاطب بن أبى بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها ، فأمر كثير بن الصلت أن تقطع أيديهم ، ثم قال عمر والله إنى لأراك تجيعهم ولكن لا غرمك غرما يشق عليك ثم قال للمزنى : كم ثمن

ناقنك؟ قال أربعمائة درهم . قال عمر اعطه ثمانمائة درهم . وروى القاسم بن محمد عن أبيه أن عبدا أقر بالسرقه عند علي فقطعه ، وفي رواية قال . كان عبدا ، يعني الذي قطعه علي ، رواه الامام أحمد بإسناده ، وهذه قصص تنتشر ولم تنكر فتكون اجماعا . وقولهم لا يمكن تنصيفه ، قلنا ولا يمكن تعطيله فيجب تكيله ، وقياسهم نقله عليهم فنقول حد فلا يتعطل في حق العبد والامة كسائر الحدود ، وفارق الرجم فإن حد الزاني لا يتعطل بتعطيله بخلاف القطع فإن حد السرقه يتعطل بتعطيله

(فصل)

ويقطع الأبق بسرقة وغيره ، روى ذلك عن ابن عمر وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال مروان وسعيد بن العاصي وأبو حنيفة : لا يقطع لان قطعه قضاء على سيده ولا يقضى على الغائب .

ولنا عموم الكتاب والسنة وانه مكلف سرق نصابا من حرز مثله فيقطع كغير الأبق ، وقولهم انه قضاء على سيده لا يسلم ، فانه لا يعتبر فيه اقرار السيد ولا يضر انكاره ، وانما يعتبر ذلك من العبد ، ثم القضاء على الغائب بالبينة جائز على ما عرف في موضعه .

(فصل) وان أقر العبد بسرقة مال في يده فأنكر ذلك سيده وقال هذا مالي فالمال لسيده ويقطع العبد وبهذا قال الشافعي . وقال ابو حنيفة : لا قطع عليه لانه لم تثبت سرقة له لئلا فلم يجب قطعه ، كما لو أنكره المسروق منه ، ولانه اذا لم يقبل اقراره في المال ففي الحد الذي يندرى بالشبهات أولى .

ولنا أنه أقر بالسرقه وصدقه المسروق منه فقطع كالحرق ، ويحتمل أن لا يجب القطع لان الحد يدرك بالشبهات وكون المال محكوما به لسيده شبهة .

(فصل) ويقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذي ويقطع الذي بسرقة مالهما وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا ، فأما الحربي اذا دخل إلينا مستأمنا فسرقة فانه يقطع أيضا . وقال ابن حامد لا يقطع ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد لانه حد لله تعالى فلا يقام عليه كحد الزنا ، وقد نصر أحمد على انه لا يقام عليه حد الزنا وللشافعي قولان كالمذهبيين

ولنا أنه حد يطالب به فوجب عليه كحد القذف ، يحققه أن القطع يجب

صيانة للأموال وُحد القذف يجب صيانة للأعراض ، فإذا وجب في حقه أحدهما وجب الآخر ، فأما حد الزنا فلم يجب لأنه يجب به قتله لنقضه العهد ولا يجب مع القتل حد سواه .

إذا ثبت هذا فإن المسلم يقطع بسرقة ماله ، وعند أبي حنيفة لا يجب . ولنا أنه سرق مالا معصوماً من حرز مثله فوجب قطعه كسارق مال الذمي ، ويقطع المرتد إذا سرق لأن أحكام الاسلام جارية عليه .

مسألة ، قال (ويقطع السارق وإن وهبت له السرقة بعد إخراجها)

وجملته أن السارق إذا ملك العين المسروقة بهية أو بيع أو غيرهما من أسباب الملك لم يخل من أن يملكها قبل رفعه إلى الحاكم والمطالبة بها عنده أو بعد ذلك ، فإن ملكها قبله لم يجب القطع لأن من شرطه المطالبة بالمسروق وبعد ملكه له لا تصح المطالبة ، وإن ملكها بعده لم يسقط القطع ، وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق ، وقال أصحاب الرأي : يسقط لأنها صارت ملكه فلا يقطع في عين هي ملكه كما لو ملكها قبل المطالبة بها . ولأن المطالبة شرط والشروط يعتبر دوامها ولم يبق لهذه العين مطالب .

ولنا ما روى الزهري عن ابن صفوان عن أبيه أنه نام في المسجد وتوسد رداءه فأخذ من تحت رأسه فجاء بسارقه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطع ، فقال صفوان يا رسول الله لم أرد هذا ، ردائي عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهلا قبل أن تأتيني به ؟ ، رواه ابن ماجه والجوزجاني .

وفي لفظ قال : فأتيته فقلت أقطعك من أجل ثلاثين درهماً ؟ أنا أبيغته وأنسته ثمنها ، قال : فهلا كان قبل أن تأتيني به ؟ ، رواه الأثرم وأبو داود ، فهذا يدل على أنه لو وجد قبل رفعه إليه لدرأ القطع ، وبعده لا يسقطه .

وقولهم أن المطالبة شرط ، قلنا هي شرط الحكم لا شرط القطع بدليل أنه لو استرد العين لم يسقط القطع وقد زالت المطالبة

(فصل) وإن أقر المسروق منه أن المسروق كان ملكاً للسارق أو قامت به

بينه أو أن له فيه شبهة أو أن المالك أذن له في أخذها أو أنه سلبها لم يقطع لأننا
تبيننا أنه لم يجب بخلاف ما لو وهبه إياها فإن ذلك لا يمنع كون الحد واجبا ، وإن
أقر له بالعين سقط القطع أيضا لأن إقراره يدل على تقديم ملكه لها فيحتمل أن
تكون له حال أخذها ، والمنصوص عن أحد أن القطع لا يسقط لأنه ملك تجدد
سببه بعد وجوب القطع أشبه الهبة ، ولأن ذلك حيلة على إسقاط القطع بعد
وجوبه فلم يسقط بها كالهبة .

« مسألة ، قال (ولو أخرجها وقيمتها ثلاثة دراهم فلم يقطع حتى نقصت
قيمتها قطع) .

وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : يسقط القطع لأن النصاب
شرط فتعتبر استدامته

ولنا قول الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولأنه نقص
حدث في العين فلم يمنع القطع كما لو حدث باستعماله ، والنصاب شرط لوجوب
القطع فلا تعتبر استدامته كالحرز ، وما ذكره يطل بالحرز ، فإنه لو زال الحرز
أو ملكه لم يسقط عنه القطع ، وسواء نقصت قيمتها قبل الحكم أو بعده لأن سبب
الوجوب السرقة فيعتبر النصاب حينئذ

فأما أن نقص النصاب قبل الإخراج لم يجب القطع لعدم الشرط قبل
تمام السبب ، وسواء نقصت بفعله أو بغير فعله ، وإن وجدت ناقصة ولم يدر هل
كانت ناقصة حين السرقة أو حدث النقص بعدها ؟ لم يجب القطع لأن الوجوب
لا يثبت مع الشك في شرطه ولأن الأصل عدمه

« مسألة ، قال (وإذا قطع فإن كانت السرقة باقية ردت إلى مالكها وإن
كانت تالفة فعليه قيمتها ، سواء كان موسرا أو معسرا)

لا يختلف أهل العلم في وجوب رد العين المسروقة على مالكها إذا كانت
باقية ، فأما أن كانت تالفة فعلى السارق رد قيمتها أو مثلها إن كانت مثلية قطع
أو لم يقطع موسرا كان أو معسرا ، وهذا قول الحسن والنخعي وحماد والبتي

والليث والشافعي وإسحاق وأبي ثور ، وقال الثوري وأبو حنيفة لا يجتمع الغرم والقطع إن غرمها قبل القطع سقط القطع وإن قطع قبل الغرم سقط الغرم .
وقال عطاء وابن سيرين والشعبي ومكحول لا غرم على السارق إذا قطع ووافقهم مالك في المعسر ووافقنا في الموسر ، قال أبو حنيفة في رجل سرق مرات ثم قطع :
يغرم الكل إلا الأخيرة .

وقال أبو يوسف : لا يغرم شيئاً لأنه قطع بالكل فلا يغرم شيئاً منه كالسرقة الأخيرة : واحتج بما روى عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله (ص) أنه قال : إذا أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه ، ولأن التضمن يقتضي التملك والملك يمنع القطع فلا يجمع بينهما .

ولنا : أنها عين يجب ضمانها بالرد لو كانت باقية فيجب ضمانها إذا كانت تالفة كما لو لم يقطع ولأن القطع والغرم حقان يجبان لمستحقين لحاز اجتماعهما كالجزاء والقيمة في الصيد الحرمي المملوك ، وحديثهم يرويه سعد بن إبراهيم عن منصور ، وسعد بن إبراهيم مجهول قاله ابن المنذر .

وقال ابن عبد البر : الحديث ليس بالقوى ، ويحتمل أنه أراد ليس عليه أجرة القاطع وما ذكره فهو بناء على أصولهم ولا نسلمها لهم .
(فصل) وإذا فعل في العين فعلاً نقصها به كقطع الثوب ونحوه وجب رده ورد نقصه ووجب القطع .

وقال أبو حنيفة : إن كان نقصاً لا يقطع حق المصوب منه إذا فعله الغاصب رد العين ولا ضمان عليه ، وإن كان يقطع حق الملك كقطع الثوب وخياطته فلا ضمان عليه ويسقط حق المسروق منه من العين ، وإن كان زيادة في العين كصبغه أحمر أو أصفر فلا ترد العين ولا يحل له التصرف فيها .

وقال أبو يوسف ومحمد ترد العين وبني هذا على أصله في أن الغرم يسقط عنه القطع ، وأما إذا صبغه فقال لا يرده لأنه لو رده لكان شريكاً فيه بصبغه ولا يجوز أن يقطع فيها هو شريك فيه وهذا ليس بصحيح لأن صبغه كان قبل القطع فلو كان شريكاً بالصبغ لسقط القطع وإن كان يحير شريكاً بالرد فالشركة الطارئة بعد القطع لا تؤثر كما لو اشترى نصفه من مالك بعد القطع ، وقد سلم أبو حنيفة أنه

لو سرق فضة فضر بها دراهم قطع ولزمه ردها ، وقال صاحباه : لا يقطع ويسقط
حق صاحبها منها بضر بها وهذا شيء بيناه على أصولها في أن تغيير اسمها يزيل ملك
صاحبها وأن ملك السارق لها يسقط القطع عنه وهو غير مسلم لها .

« مسألة ، قال (وإذا أخرج النباش من القبر كفنا قيمته ثلاثة دراهم قطع)

روى عن ابن الزبير أنه قطع نباشاً ، وبه قال الحسن وعمر بن عبد العزيز
وقتادة والشعبي والنخعي وحماد ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر
وقال أبو حنيفة والثوري : لا قطع عليه لأن القبر ليس بحرز لأن الحرز ما يوضع
فيه المتاع للحفظ . والكفن لا يوضع في القبر لذلك ولأنه ليس بحرز غيره فلا
يكون حرزاً له ، ولأن الكفن لا مالك له لأنه لا يخلو إما أن يكون ملكاً للبيت
أو لوارثه وليس ملكاً لواحد منهما لأن الميت لا يملك شيئاً ولم يبق أهلاً للملك
والوارث أنا ملك ما فضل عن حاجة الميت ، ولأنه لا يجب القطع إلا بمطالبة
المالك أو نائبه ولم يوجد ذلك .

ولنا قول الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وهذا سارق وإن
عائشة رضى الله عنها قالت « سارق أمواتنا كسارق أحيائنا » وما ذكروه لا يصح
فإن الكفن يحتاج إلى تركه في القبر دون غيره ويكتفى به في حرزه ، ألا ترى أنه
لا يترك الميت في غير القبر من غير أن يحفظ كفنه ويترك في القبر وينصرف
عنه ، وقولهم أنه لا مالك له ممنوع بل هو مملوك للميت لأنه كان مالكا له في حياته
ولا يزول ملكه إلا عما لا حاجة به إليه ووليّه يقوم مقامه في المطالبة بقيام ولي
الصبي في الطلب بماله .

إذا ثبت هذا فلا بد من إخراج الكفن من القبر لأنه الحرز فإن أخرجه
من اللحد ووضع في القبر فلا قطع فيه لأنه لم يخرج من الحرز فأشبه ما لو نقل
المتاع في البيت من جانب إلى جانب فإن النبي صلى الله عليه وسلم سمى القبر بيتاً .

(فصل) والكفن الذي يقطع بسرقة ما كان مشروعا فإن كفن الرجل في
أكثر من ثلاث لفائف أو المرأة في أكثر من خمس فسرق الزائد عن ذلك أو
تركه في تابوت فسرق التابوت أو ترك معه طيباً مجموعاً أو ذهباً أو فضة أو جواهر

لم يقطع بأخذ شيء من ذلك لأنه ليس يكفئ مشروع فتركه فيه سفه وتضييع فلا يكون محرزا ولا يقطع سارقه .

(فصل) وهل يفتقر في قطع النباش الى المطالبة ؟ يحتمل وجهين ، أحدهما يفتقر الى المطالبة كسائر المسروقات فعلى هذا المطالب الورثة لانهم يقومون مقام الميت في حقوقه وهذا من حقوقه .

والثاني : لا يفتقر الى طلب لان الطلب في السرقة من الاحياء شرع لئلا يكون المسروق مملوكا للسارق وقد يشتر من ذلك ههنا .

مسألة ، قال (ولا يقطع في محرم ولا آله لهو)

يعنى لا يقطع في سرقة محرم كالخمر والخنزير والميتة ونحوها سواء سرقة من مسلم أو ذمي وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي .
وحكى عن عطاء أن سارق خمر الذمي يقطع وان كان مسلما لانه مال لهم أشبه ما لو سرق دراهمهم :

ولنا أنها عين محرمة فلا يقطع بسرقتها كالخنزير ولأن مالا يقطع بسرقة من مال المسلم لا يقطع بسرقة من الذمي كالميتة والدم وما ذكروه بنية ض بالخنزير ولا اعتبار به فإن الاعتبار بحكم الإسلام وهو يجري عليهم دون أحكامهم ، وهكذا الخلاف معه في الصليب اذا بلغت قيمته مع تأليفه نصابا وأما آلة الله كالطنبور والمزمار والشبابة فلا قطع فيه وان بلغت قيمته مفصلا نصابا وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال أصحاب الشافعي : ان كانت قيمته بعد زوال تأليفه نصابا ففيه القطع والا فلا لأنه سرق ما قيمته نصاب لا شبهة له فيه من حرز مثله وهو من أهل القطع فوجب قطعه كما لو كان ذهباً مكسوراً .

ولنا أنه آلة للعصية بالأجماع فلم يقطع بسرقة كالخمر ولأن له حقا في أخذها لكسرها فكان ذلك شبهة مانعة من القطع كاستحقاقه مال ولده ، فان كانت عليه حلية تبلغ نصابا فلا قطع فيه أيضا في قياس قول أبي بكر لأنه متصل بما لا قطع فيه فأشبهه الخشب والاوراق ، وقال القاضي فيه القطع وهو مذهب الشافعي لانه سرق نصابا من حرزه فأشبهه المنفرد .

(فصل) وإن سرق صليبا من ذهب أو فضة يبلغ نصابا متصلا فقال القاضي لا قطع فيه ، وهو قول أبي حنيفة .

وقال أبو الخطاب : يقطع سارقه ، وهو مذهب الشافعي ، ووجه المذهبين ما تقدم والفرق بين هذه المسألة وبين التي قبلها أن التي قبلها له كسره بحيث لا تبقى له قيمة تبلغ نصابا وههنا لو كسر الذهب والفضة بكل وجه لم تنقص قيمته عن النصاب ولأن الذهب والفضة جوهرهما غالب على الصنعة المحرمة فكانت الصناعة فيهما مغمورة بالنسبة إلى قيمة جوهرهما وغيرهما بخلافهما فتكون الصناعة غالبية عليه فيكون بائعا للصناعة المحرمة فأشبهه الإناء ولو سرق إناء من ذهب أو فضة قيمته نصاب إذا كان متكسرا فعليه القطع لأنه غير مجمع على تحريمه وقيمته بدون الصناعة المختلف فيها نصاب : وإن سرق إناء معدا لحمل الخمر ووضع فيه فففيه القطع لأن الإناء لا تحريم فيه وإنما يحرم عليه بنيته وقصده فأشبهه ما لو سرق سكيناً معدة لذبح الخنازير أو سيفاً يعده لقطع الطريق ، وإن سرق إناء فيه خمر يبلغ نصابا فقال أبو الخطاب يقطع ، وهو مذهب الشافعي لأنه سرق نصابا من حرز مثله لا شبهة له فيه ، وقال غيره من أصحابنا لا يقطع لأنه تبع لما لا قطع فيه فأشبهه ما لو سرق مشتركا بينه وبين غيره .

قال أبو اسحاق بن شاقلا ولو سرق أداة أو إناء فيه ماء فلا قطع فيه كذلك ولو سرق منديلا في طرفه دينار مشدود فعلم به فعليه القطع وإن لم يعلم به فلا قطع فيه لأنه لم يقصد سرقة فاشبهه ما لو تعلق بشو به .

وقال الشافعي : يقطع لأنه سرق نصابا فأشبهه ما لو سرق ما لم يعلم أن قيمته نصاب والفرق بينهما أنه علم بالمسروق ههنا وقصد سرقة بخلاف الدينار فإنه لم يردده ولم يقصد أخذه فلا يؤاخذ به بإيجاب الحد عليه .

مسألة ، قال (ولا يقطع الوالد فيما أخذ من مال ولده لأنه أخذ ماله أخذه ولا الوالدة فيما أخذت من مال ولدها ولا العبد فيما سرق من مال سيده)

وجملته . أن الوالد لا يقطع بالسرقة من مال ولده وإن سفل وسواء في ذلك الأب والأم والابن والبنت والجدة والجدة من قبل الأب والأم ، وهذا قول عامة

أهل العلم منهم مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور وابن المنذر القطع على كل سارق بظاهر الكتاب إلا أن يجمعوا على شيء فيستثنى .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : أنت ومالك لأبيك ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه ، ، وفي لفظ : فكلوا من كسب أولادكم .

ولا يجوز قطع الإنسان بأخذ ما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بأخذه ولا أخذ ما جعله النبي صلى الله عليه وسلم مالا له مضافا إليه ولأن الحدود تدرأ بالشبهات وأعظم الشبهات أخذ الرجل من مال جعله الشرع له وأمره بأخذه وأكله ، وأما العبد إذا سرق من مال سيده فلا قطع عليه في قولهم جميعاً ووافقهم أبو ثور فيه وحكى عن داود أنه يقطع لعموم الآية .

ولنا : ما روى السائب بن يزيد قال : شهدت عمر بن الخطاب وقد جاءه عبد الله ابن عمرو بن الحضرمي بغيلام له فقال : إن غلامي هذا سرق فاقطع يده فقال عمر ما سرق ؟ قال سرق امرأة امرأتى ثمنها ستون درهما ، فقال ارسله لا قطع عليه ، خادمكم أخذ متاعكم ولكنه لو سرق من غيره قطع ، وفي لفظ قال ما لكم سرق بعضه بعضا لا قطع عليه ، رواه سعيد .

وعن ابن مسعود أن رجلا جاءه فقال عبد لي سرق قباء لعبد لي آخر فقال لا قطع ، مالك سرق مالك وهذه قضايا تشتر ولم يخالفها أحد فتكون إجماعا وهذا يخص عموم الآية ، ولأن هذا إجماع من أهل العلم لأنه قول من سمينا من الأئمة ولم يخالفهم في عصرهم أحد فلا يجوز خلافه بقول من بعدهم كما لا يجوز ترك إجماع الصحابة بقول واحد من التابعين .

(فصل : والمدبر وأم الولد والمكاتب كالقن في هذا وبه قال الثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا يقطع سيد المكاتب بسرقة ماله لأنه عبد ما بقي عليه درهم ، وكل من لا يقطع الإنسان بسرقة ماله لا يقطع عبده بسرقة ماله كآبائه أولاده وغيرهم كل على أصله ، وقال أبو ثور يقطع بسرقة مال من عدا سيده ونحوه وقول مالك وابن المنذر .

ولنا: حديث عمر رضي الله عنه ولأن ما لهم ينزل منزلة ماله في قطعه فكذلك في قطع عبده .

(فصل ولا يقطع الابن وان سفل بسرقة مال والده وان علا وبه قال الحسن والشافعي واسحاق والثوري وأصحاب الرأي وظاهر قول الخرقي أنه يقطع لأنه لم يذكره فيمن لا قطع عليه وهو قول مالك وأبي ثور وابن المنذر لظاهر الكتاب ولأنه يحد بالزنا بجاريته ويقاد بقتله فيقطع بسرقة ماله كالأجنبي . ووجه الأول ان بينهما قرابة تمنع قبول شهادة أحدهما لصاحبه فلم يقطع بسرقة ماله كالأب ولأن النفقة تجب في مال الأب لابنه حفظاً له فلا يجوز إتلافه حفظاً للبال ، وأما الزنا بجاريته فيجب به الحد لأنه لا شبهة له فيها بخلاف المال .

(فصل) فأما سائر الأقارب كالأخوة والأخوات ، ومن عداهم فيقطع بسرقة ما لهم ويقطعون بسرقة ماله وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة . لا يقطع بالسرق من ذى رحم لأنها قرابة تمنع النكاح وتبيح النظر وتوجب النفقة أشبه قرابة الولادة ولنا : أنها قرابة لا تمنع الشهادة فلا تمنع القطع كقرابة غيره وفارق قرابة الولادة بهذا .

(فصل) وان سرق أحد الزوجين من مال الآخر فإن كان مما ليس محرزاً عنه فلا قطع فيه وان سرق مما أحرزه عنه ففيه روايتان .

إحداهما : لا قطع عليه وهي اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة لقول عمر رضي الله عنه لعبد الله بن عمرو بن الحضرمي حين قال له إن غلامي سرق امرأة امرأتي: أرسله لا قطع عليه خادمكم أخذ متاعكم ، وإذا لم يقطع عبده بسرقة مالها فهو أولى ولأن كل واحد منهما يرث صاحبه بغير حجب ولا تقبل شهادته له ويتبسط في مال الآخر عادة فأشبه الوالد والولد .

والثانية : يقطع ، وهو مذهب مالك وأبي ثور وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقي لعموم الآية ولأنه سرق مالا محرزاً عنه لا شبهة له فيه أشبه الأجنبي وللشافعي كالروايتين وقول ثالث أن الزوج يقطع بسرقة مال الزوجة لأنه لا حق له فيه ولا تقطع بسرقة ماله لأن لها النفقة فيه . ٨ - ٩ المغنى

(فصل) ولا قطع على من سرق من بيت المال إذا كان مسلماً ويروى ذلك عن عمر وعلى رضي الله عنهما ، وبه قال الشعبي والنخعي والحكم والشافعي وأصحاب الرأي ؛ وقال حماد ومالك وابن المنذر يقطع لظاهر الكتاب .

ولنا ما روى ابن ماجه بإسناده عن ابن عباس أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس فدفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال مال الله سرق بعضه بعضاً ويروى ذلك عن عمر رضي الله عنه وسأل ابن مسعود عمر عن سرق من بيت المال فقال أرسله فما من أحد إلا وله في هذا المال حق .

وقال سعيد حدثنا هشيم أخبرنا مغيرة عن الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول : ليس على من سرق من بيت المال قطع ولأن له في المال حقاً فيكون شبهة تمنع وجوب القطع كما لو سرق من مال له فيه شركة ومن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق أو لولده أو لسيده أو لمن لا يقطع بسرقة ماله لم يقطع لذلك ، وإن لم يكن من الغائبين ولا أحداً من هؤلاء الذين ذكرنا فسرق منها قبل إخراج الخمس لم يقطع لأن له في الخمس حقاً ، وإن أخرج الخمس فسرق من الأربعة الأقسام قطع وإن سرق من الخمس لم يقطع ، وإن قسم الخمس خمسة أقسام فسرق من خمس الله تعالى ورسوله لم يقطع ، وإن سرق من غيره قطع إلا أن يكون من أهل ذلك الخمس .

(فصل) وإن سرق من الوقف أو من غلته وكان من الموقوف عليهم مثل أن يكون مسكناً سرق من وقف المساكين أو من قوم معينين عليهم وقف فلا قطع عليه لأنه شريك وإن كان من غيرهم قطع لأنه لا حق له فيه .
فإن قيل : فقد قلنا لا يقطع بالسرقة من بيت المال من غير تفريق بين غنى وفقير فلم فرقتم ههنا ؟

قلنا . لأن للغنى في بيت المال حقاً ولهذا قال عمر رضي الله عنه ما من أحد إلا وله في هذا المال حق بخلاف وقف المساكين فإنه لا حق للغنى فيه .

(فصل) قال أحمد لا قطع في الجماعة يعني أن المحتاج إذا سرق ما يأكله فلا قطع عليه لأنه كالمضطر .

وروى الجوزجاني عن عمر أنه قال لا قطع في عام سنة وقال سأت أحد عنه

فقلت تقول به ؟ قال أي لعمرى لا أقطعه اذا حملته الحاجة والناس في شدة وجاعة وعن الاوزاعي مثل ذلك وهذا محمول على من لا يجد ما يشتريه أو لا يجد ما يشتري به فإن له شبهة في أخذ ما يأكله أو ما يشتري به ما يأكله .

وقد روى عن عمر رضي الله عنه أن غلبان حاطب بن أبي بلتعة انتحروا ناقة للمزني فأمر عمر بقطعهم ثم قال لحاطب اني أراك تجيعهم ، فدرأ عنهم القطع لما ظنه يجيعهم ، فأما الواجد لما يأكله أو الواجد لما يشتري به وما يشتريه فعليه القسط وان كان بالتمن الغالي ، ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ولا قطع على المرأة اذا منعها الزوج قدر كفايتها أو كفاية ولدها فأخذت من ماله سواء أخذت قدر ذلك أو أكثر منه لأنها تستحق قدر ذلك فالزائد يكون مشتركا بما يستحق أخذه ، ولا على الضيف اذا منع قراه فأخذ أيضا من مال المضيف لذلك .

« مسألة ، قال (ولا يقطع الا بشهادة عدلين أو اعتراف مرتين) »

وجملة ذلك : أن القطع انما يجب بأحد امرين بينة أو اقرار لا غير ، فأما البينة فيشترك فيها أن يكونا رجلين مسلمين حرين عدلين سواء كان السارق مسلما أو ذميا وقد ذكرنا ذلك في الشهادة في الزنا بما أغنى عن اعادته ههنا ، ويشترط ان يصفيا السرقة والحرز وجنس النصاب وقدره ليزول الاختلاف فيه فيقولان نشهد ان هذا سرق كذا قيمته كذا من حرز ويصفيا الحرز ، وان كان المسروق منه غائبا فحضر وكيله وطالب بالسرقة احتاج الشاهدان ان يرفعا في نسبه فيقولان من حرز فلان بن فلان بن فلان بحيث يتميز من غيره فإذا اجتمعت هذه الشروط وجب القطع في قول عامتهم ، قال ابن المنذر : اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان قطع السارق يجب اذا شهد بالسرقة شاهدان حران مسلمان ووصفا ما يوجب القطع ، واذا وجب القطع بشهادتهما لم يسقط بغيبتهما ولا موتهما على ما مضى في الشهادة بالزنا واذا شهدا بسرقة مال غائب ، فان كان له وكيل حاضر فطالب به قطع السارق والا فلا .

(فصل) واذا اختلف الشاهدان في الوقت او المكان المسروق فشهد احدهما أنه سرق يوم الخميس والآخر أنه سرق يوم الجمعة او شهد أحدهما أنه سرق من

هذا البيت وشهد الآخر أنه سرق من هذا البيت أو قال أحدهما سرق ثوراً وقال الآخر سرق بقرة أو قال سرق ثوراً ، وقال الآخر سرق حمرا لم يقطع في قولهم جميعاً ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي

وان قال أحدهما سرق ثوبا أبيض وقال الآخر أسود أو قال أحدهما سرق هرويا فقال الآخر مرويا لم يقطع أيضا ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لانهما لم يتفقا على الشهادة بشيء واحد فاشبه مالوا اختلفا في الذكورية والأنونية . وقال أبو الخطاب يقطع وهو قول أبي حنيفة وأصحاب الرأي لان الاختلاف لم يرجع الى نفس الشهادة ويحتمل ان أحدهما غلب على ظنه انه هروى والآخر انه مروى او كان الثوب فيه سواد وبياض .

قال ابن المنذر : اللون أقرب الى الظهور من الذكورية والأنونية فاذا كان اختلافهما فيها يخفى يبطل شهادتهما ففيما يظهر أولى : ويحتمل أن أحدهما ظن المسروق ذكرأ وظنه الآخر أنثى فقد أوجب هذا رد شهادتهما فكذلك ههنا ، الثاني : الاعتراف فيشترط فيه أن يعترف مرتين روى ذلك عن علي (رض) وبه قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف وزفر وابن شبرمة .

وقال عطاء والثوري وأبو حنيفة والشافعي ومحمد بن الحسن يقطع باعتراف مرة لأنه حق يثبت بالإقرار فلم يعتبر فيه التكرار كحق الادمى .

ولنا ما روى أبو داود بإسناده عن أبي أمية المخزومي أن النبي (ص) أتى بلص قد اعترف فقال له : وما إخالك سرقت ، قال بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع ولو وجب القطع بأول مرة لما أخره .

وروى سعيد عن هشيم وسفيان وأبي الأحوص وأبي معاوية عن الأعمش عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال شهدت علياً وأتاه رجل فأقر بالسرقة فردّه وفي لفظ فأنهره : وفي لفظ فسكت عنه وقال غير هؤلاء فطرده ثم عاد بعد ذلك فأقر فقال له علي : شهدت على نفسك مرتين فأمر به فقطع . وفي لفظ : أقررت على نفسك مرتين ، ومثل هذا يشتر فلم ينكر ولأنه يتضمن إتلافا في حد فكان من شرطه التكرار كحد الزنا ولأنه أحد حجتي القطع فيعتبر فيه التكرار كالشهادة وقياسهم ينتقض بحد الزنا عند من اعتبر التكرار ، ويفارق حق الادمى لان حقه

مبنى على الشح والتضييق ولا يقبل رجوعه عنه بخلاف مسألتنا .
(فصل) ويعتبر أن يذكر في إقراره شروط السرقة من النصاب والحرز وإخراجه منه .

(فصل) والحر والعبد في هذا سواء نص عليه أحد وذلك لعموم النص فيهما . ولما روى الأعمش عن القاسم عن أبيه أن علياً قطع عبداً أقر عنده بالسرقة ، وفي رواية قال كان عبداً يعني الذي قطعه على ، ويعتبر أن يقر مرتين ؛ وروى مهنا عن أحمد إذا أقر العبد أربع مرات أنه سرق قطع ، وظاهر هذا أنه اعتبر إقراره أربع مرات ليكون على النصف من الحر والاول أصح لخبر على ولأنه إقرار بحد فاستوى في عدده الحر والعبد كسائر الحدود .

« مسأله ، قال (ولا ينزع عن اقراره حتى يقطع) »

هذا قول أكثر الفقهاء ، وقال ابن أبي ليلى وداود لا يقبل رجوعه لأنه لو أقر لأدمى بخصاص أو حق لم يقبل رجوعه عنه . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم للشارق « ما أخالك سرفت » عرض له ليرجع ولأنه حد لله تعالى ثبت بالاعتراف فقبل رجوعه عنه كحد الزنا ولأن الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعه عنه شبهة لاحتمال أن يكون ككذب على نفسه في اعترافه ولأنه أحد حجتي القطع فيبطل بالرجوع عنه كالشهادة ولأن حجة القطع زالت قبل استيفائه فسقط كالأمر بالرجوع عن الشهود ، وفارق حق الأدمى فإنه مبنى على الشح والتضييق ولو رجع الشهود عن الشهادة بعد الحكم لم يبطل برجوعهم ولم يمنع استيفاءها .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا رجع قبل القطع سقط القطع ولم يسقط غرم المسروق لأنه حق آدمى ، ولو أقر مرة واحدة لزمه غرامة المسروق دون القطع ، وإن كان رجوعه وقد قطع بعض المفصل لم يتممه إن كان يرجى برؤه لسكونه قطع قليلا ، وإن قطع إلا أكثر فالمقطوع بالخيار إن شاء تركه وإن شاء قطعه ليستريح من تعليق كفه ، ولا يلزم القاطع قطعه لأن قطعه تداو وليس بحد .

(فصل) قال أحمد لا بأس بتلقين السارق ليرجع عن إقراره ؛ وهذا قول عامة الفقهاء . روى عن عمر أنه أتى برجل فسأله أسرفت ؟ قل لا فقال لا : فتركه

وروى معنى ذلك عن أبي بكر الصديق وأبي هريرة وابن مسعود وأبي الدرداء ،
وبه قال إسحاق وأبو ثور .

وقد روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للسارق : ما إخالك سرقت ، وقال
لما عز : لعلك قبلت أو لمست ،

وعن علي رضي الله عنه أن رجلاً أقر عنده بالسرقة فأنهره ، وروى أنه طرده
وروى أنه رده ، ولا بأس بالشفاعة في السارق ما لم يبلغ الإمام ، فإنه روى عن
النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد وجب ،
وقال الزبير بن العوام في الشفاعة في الحد : يفعل ذلك دون السلطان فإذا
بلغ الإمام فلا أعفاه الله إن أعفاه . ومن رأى ذلك الزبير وعمار وابن عباس
وسعيد بن جبير والزهرى والأوزاعى . وقال مالك . إن لم يعرف بشراً فلا بأس
أن يشفع له ما لم يبلغ الإمام ، وأما من عرف بشر وفساد فلا أحب أن يشفع له
أحد ولكن يترك حتى يقام الحد عليه . وأجمعوا على أنه إذا بلغ الإمام لم تجز
الشفاعة فيه ، لأن ذلك إسقاط حق وجب لله تعالى ، وقد غضب النبي صلى الله
عليه وسلم حين شفع أسامة في المخزومية التي سرقت وقال : أتشفع في حد من
حدود الله تعالى ؟ ، وقال ابن عمر من حالت شفاعة دون حد من حدود الله فقد
ضاد الله في حكمه .

« مسألة ، قال (وإذا اشترك الجماعة في سرقة قيمتها ثلاثة دراهم قطعوا)

وبهذا قال مالك وأبو ثور ، وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعى وإسحاق :
لا قطع عليهم إلا أن تبلغ حصة كل واحد منهم نصاباً ، لأن كل واحد لم يسرق
نصاباً فلم يجب عليه قطع كما لو انفرد بدون النصاب ، وهذا القول أحب إلى لأن
القطع هنا لا نص فيه ولا هو في معنى المتصوص والمجمع عليه فلا يجب
والاحتياط بإسقاطه أولى من الاحتياط بإيجابه لأنه مما يدرأ بالشبهات .

واحتج أصحابنا بأن النصاب أحد شرطى القطع ، فإذا اشترك الجماعة فيه كانوا
كالواحد قياساً على هتك الحرز : ولأن سرقة النصاب فعل يوجب القطع فاستوى

فيه الواحد والجماعة كالقصاص ولم يفرق أصحابنا بين كون المسروق ثقيلًا يشترك الجماعة في حمله وبين أن يخرج كل واحد منه جزءًا ونصر أحمد على هذا ، وقال مالك أن انفرد كل واحد بجزء منه لم يقطع واحد منهم ، كما لو انفرد كل واحد من قاطعي اليد بقطع جزء منها لم يجب القصاص

ولنا أنهم اشتركوا في هتك الحرز وإخراج النصاب فلزمهم النطق كما لو كان ثمنًا فحملوه ، وفارق القصاص فإنه تعتمد المائلة ولا توجد المائلة إلا أن توجد أفعالهم في جميع أجزاء اليد وفي مسائلنا القصد الزجر من غير اعتبار بمائلة والحاجة إلى الزجر عن إخراج المال ؛ وسواء دخلا الحرز معاً أو دخل أحدهما فأخرج بعض النصاب ثم دخل الآخر فأخرج باقية لانهما اشتركا في هتك الحرز وإخراج النصاب فلزمهما القطع كما لو حملاه معاً .

فصل

فإن كان أحد الشريكين ممن لا قطع عليه كأبي المسروق منه قطع شريكه في أحد الوجهين كما لو شاركه في قطع يد ابنه ، والثاني لا يقطع وهو أصح لأن سرقتهم جميعاً صارت علة لقطعهما ، وسرقة الأب لا تصلح موجبة للقطع لأنه أخذ ماله أخذه بخلاف قطع يد ابنه فإن الفعل تمحض عدواناً ، وإنما سقط القصاص لفضيلة الأب لا لمعنى في فعله وهمنا فعله قد تمكنت الشبهة منه فوجب أن لا يجب القطع به كاشتراك العامد والخطيء .

وان أخرج كل واحد منهما نصاباً وجب القطع على شريك الأب لأنه انفرد بما يوجب القطع ، وان أخرج الأب نصاباً وشريكه دون النصاب ففيه الوجهان ، وان اعترف اثنان بسرقة نصاب ثم رجع أحدهما فالقطع على الآخر لأنه اختص بالاسقاط فيختص بالسقوط ، وبجمل أن يسقط عن شريكه لأن السبب السرقة منها وقد اختل أحد جزأها ، وكذلك لو أقر بمشاركة آخر في سرقة نصاب ولم يقر الآخر ففي القطع وجهان .

(فصل) قال أحمد في رجلين دخلا داراً أحدهما في سفليها جمع المتاع وشده بحبل والآخر في علوها مد الحبل فرمى به وراء الدار فالقطع عليهما لانهما اشتركا في إخراجها ، وان دخلا جميعاً فأخرج أحدهما المتاع وحده ، فقال أصحابنا القطع

عليهما وبه قال أبو حنيفة وصاحباؤه إذا أخرج نصابين ، وقال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر القطع على المخرج وحده لأنه هو السارق ، وإن أخرج أحدهما دون النصاب والآخر أكثر من نصاب قتيانصابين فعند أصحابنا وأبي حنيفة وصاحبيه يجب القطع عليهما ، وعند الشافعي وموافقيه لا قطع على من لم يخرج نصابا ، فإن أخرج أحدهما نصابا والآخر دون النصاب فعند أصحابنا عليهم القطع وعند الشافعي القطع على مخرج النصاب وحده ، وعند أبي حنيفة لا قطع على واحد منهما لأن المخرج لم يبلغ نصابا بعدد السارقين ، وقد ذكرنا وجه ما قلنا فيما تقدم . وإن نقبا حرزا ودخل أحدهما فقرب المتاع من النقب وأدخل الخارج يده فأخرجه فقال أصحابنا قياس قول أحمد أن القطع عليهما ، وقال الشافعي : القطع على الخارج لأنه مخرج المتاع . وقال أبو حنيفة لا قطع على واحد منهما . ولنا أنهما اشتركا في هتك الحرز وإخراج المتاع فلزمهما القطع كما لو حملاه معا فأخرجاه ، وإن وضعه في النقب فمد الآخر يده فأخذه فالقطع عليهما ، ونقل عن الشافعي في هذه المسألة قولان كالْمذهبين في الصورة التي قبلها

(فصل)

وإن نقب أحدهما وحده ودخل الآخر وحده فأخرج المتاع فلا قطع على واحد منهما لأن الأول لم يسرق والثاني لم يهتك الحرز وإنما سرق من حرز هتكه غيره فأشبه ما لو نقب رجل وانصرف وجاء آخر فصادف الحرز مهتوكا فسرق منه . وإن نقب رجل وأمر غيره فأخرج المتاع فلا قطع أيضا على واحد منهما ؛ وإن كان المأمور صبيا مميزا لأن المميز له اختيار فلا يكون آلة للآمر ؛ كما لو أمره بقتل إنسان فقتله ، وإن كان غير مميز وجب القطع على الأمر لأنه آلة . وإن اشترك رجلان في النقب ودخل أحدهما فأخرج المتاع وحده أو أخذه وناوله للآخر خارجا من الحرز أو رمى به إلى خارج الحرز فأخذه الآخر فالقطع على الداخل وحده لأنه مخرج المتاع وحده مع المشاركة في النقب ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر .

وقال أبو حنيفة : لا قطع عليهما لأن الداخل لم يفصل عن الحرز ويده على النقرة فلم يلزمه القطع كما لو أتلفه داخل الحرز

ولنا أن المسروق خرج من الحرز ويده عليه فوجب عليه القطع كما لو خرج به ويخالف إذا أتلفه فإنه لم يخرج من الحرز ،

« مسألة ، قال (ولا يقطع وإن اعترف أو قامت بينة حتى يأتي مالك المسروق يدعيه .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال أبو بكر : يقطع ولا يفتقر الى دعوى ولا مطالبة ، وهذا قول مالك وأبي ثور وابن المنذر لعموم الآية ولأن موجب القطع ثبت فوجب من غير مطالبة كحد الزنا .

ولنا أن المال يباح بالبذل والاباحة فيحتمل أن مالكة أباحه إياه أو وقفه على المسلمين أو على طائفة السارق منهم أو أذن له في دخول حرزه فاعتبرت المطالبة لتزول هذه الشبهة ، وعلى هذا يخرج الزنا فإنه لا يباح بالاباحة ولأن القطع أوسع في الاسقاط ، ألا ترى أنه إذا سرق مال ابنه لم يقطع ؟ ولو زنى بجاريته حد ولأن القطع شرع لصيانته مال الادمي فله به تعلق فلم يستوف من غير حضور مطالب به والزنا حق لله تعالى محض فلم يفتقر الى طلب به .

إذا ثبت هذا : فإن وكيل المالك يقوم مقامه في الطلب ، وقال القاضي : إذا أقر بسرقة مال غائب حبس حتى يحضر الغائب لأنه يحتمل أن يكون قد أباحه ولو أقر بحق مطلق لغائب لم يحبس لأنه لا حق عليه لغيب الغائب ولم يأمر بحبسه فلم يحبس وفي مسألتنا تعلق به حق الله تعالى وحق الادمي فحبس لما عليه من حق الله تعالى فإن كانت العين في يده أخذها الحاكم وحفظها للغائب وإن لم يكن في يده شيء فإذا جاء الغائب كان الخصم فيها .

(فصل) ولو أقر بسرقة من رجل فقال المالك لم تسرق مني ولكن غصبتني أو كان لي قبلك وديعه فجحدتني لم يقطع لأن إقراره لم يوافق دعوى المدعى وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ، وإن أقر أنه سرق نصاباً من رجلين فصدقه أحدهما دون الآخر أو قال الآخر بل غصبتني أو جحدتني لم يقطع ، وبه قال أصحاب الرأي وقال أبو ثور : إذا قال الآخر غصبتني أو جحدتني قطع .

ولنا أنه لم يوافق على سرقة نصاب فلم يقطع كالتي قبلها ، وإن وافقاه جميعاً قطع

وان حضر أحدهما فطالب ولم يحضر الآخر لم يقطع لأن ما حصلت المطالبة به لا يوجب القطع بمفرده وان أقر أنه سرق من رجل شيئاً فقال الرجل قد فقدته من مالي فينبغي أن يقطع لما روى عن عبد الرحمن بن ثعلبة الأنصاري عن أبيه أن عمرو بن سمرة بن حبيب بن عبد شمس جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني سرقت جملاً لبني فلان فطهرني فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إليهم فقالوا إنا افتقدنا جملاً لنا فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فقطعت يده قال ثعلبة أنا أنظر إليه حين وقعت يده وهو يقول الحمد لله الذي طهرني منك أردت أن تدخل جسدك النار ، أخرجه ابن ماجه .

(فصل) ومن ثبتت سرقة بيينة عادلة فأنكر لم يلتفت إلى انكاره ، وان قال أحلفوه لي اني سرقت منه لم يحلف لان السرقة قد ثبتت بالبيينة وفي احلافه عليها قدح في الشهادة ، وان قال الذي أخذته ملك لي كان لي عنده وديعة أو رهنا أو ابتعته منه أو وهبه لي أو أذن لي في أخذه أو غصبه مني أو من أبي أو بعضه لي فاقول قول المسروق منه مع يمينه لأن اليد ثبتت له فان حلف سقطت دعوى السارق ولا قطع عليه لأنه يحتمل ما قال ولهذا احلفنا المسروق منه ، وان نكل قضينا عليه بنكوله ، وهذه احدي الروايتين وهو منصوص الشافعي .

وعن احمد رواية اخرى انه يقطع لأن سقوط القطع بدعواه يؤدي إلى ان لا يجب قطع سارق فتفوت مصلحة الزجر ، وعنه رواية ثالثة انه ان كان معروفاً بالسرقة قطع لأنه يعلم كذبه والا سقط عنه القطع .

والاول اولى لان الحدود تدراً بالشبهات وافضاؤه إلى سقوط القطع لا يمتنع اعتباره كما ان الشرع اعتبر في شهادة الزنا شروطاً لا يقع معها اقامة حد بيينة ابدأ على انه لا يفضى إليه لازماً فان الغالب من السراق انهم لا يعلمون هذا ولا يهتدون إليه ، وانما يختص بعلم هذا الفقهاء الذين لا يسرقون غالباً ، وان لم يحلف المسروق منه قضى عليه وسقط الحد وجهاً واحداً .

كتاب قطاع الطريق

الأصل في حكمهم قول الله تعالى (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض) وهذه الآية في قول ابن عباس وكثير من العلماء نزلت في قطاع الطريق من المسلمين ، وبه يقول مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وحكى عن ابن عمر أنه قال نزلت هذه الآية في المرتدين .

وحكى ذلك عن الحسن وعطاء وعبد الكريم لأن سبب نزولها قصة العرنيين وكانوا ارتدوا عن الاسلام وقتلوا الرعاة فاستاقوا إبل الصدقة فبعث النبي صلى الله عليه وسلم من جاء بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وألقاهم في الحرة حتى ماتوا قال أنس فأنزل الله تعالى في ذلك (إنما جزاء الذين يحاربون الله) الآية أخرجه أبو داود والنسائي ولأن محاربة الله ورسوله إنما تكون من الكفار لا من المسلمين .

ولنا قول الله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) والكفار تقبل توبتهم بعد القدرة كما تقبل قبلها ويسقط عنهم القتل والقطع في كل حال والمحاربة قد تكون من المسلمين بدليل قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين * فإن لم تفعلوا فأنذروا بحرب من الله ورسوله .

« مسألة ، قال (والمحاربون الذين يعرضون للقوم بالسلاح في الصحراء فيغصبونهم المال مجاهرة)

وجملته أن المحاربين الذين تثبت لهم أحكام المحاربة التي نذكرها بعد تعتبر لهم شروط ثلاثة أحدها : أن يكون ذلك في الصحراء ، فإن كان ذلك منهم في القرى والأمصار فقد توقف أحد رحمه الله فيهم وظاهر كلام الحرق أنهم غير محاربين وبه قال أبو حنيفة والثوري وإسحاق لأن الواجب يسمى حد قطاع الطريق وقطع الطريق إنما هو في الصحراء ولأن من في المصر يلحق به الغوث غالباً فتذهب

شركة المعتدين ويكونون محتلسين والمختلس ليس بقاطع ولا حد عليه ، وقال كثير من أصحابنا : هو قاطع حيث كان ، وبه قال الاوزاعي والليث والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور لتناول الآية بعمومها كل محارب ولا أن ذلك إذا وجد في المصر كان أعظم خوفاً وأكثر ضرراً فكان بذلك أولى .

وذكر القاضي أن هذا إن كان في المصر مثل أن كبسوا داراً فكان أهل الدار بحيث لو صاحوا أدركهم الغوث فليس هؤلاء بقطاع طريق لأنهم في موضع يلحقهم الغوث عادة ، وإن حصروا قرية أو بلداً ففتحوه وغلبوا على أهله أو محلة منفردة بحيث لا يدركهم الغوث عادة فهم محاربون لأنهم لا يلحقهم الغوث فأشبهه قطاع الطريق في الصحراء .

الشرط الثاني : أن يكون معهم سلاح فإن لم يكن معهم سلاح فهم غير محاربين لأنهم لا يمنعون من يقصدهم ولا تعلم في هذا خلافاً ، فإن عرضوا بالعصى والحجارة فهم محاربون ، وبه قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة ليسوا محاربين لأنه لا سلاح معهم .

ولنا أن ذلك من جملة السلاح الذي يأتي على النفس والطرف فأشبهه الحديد الشرط الثالث : أن يأتوا مجاهرة ويأخذوا المال قهراً .

فأما إن أخذوه مختفين فهم سراق وإن اختطفوه وهربوا فهم منتهبون لا قطع عليهم وكذلك إن خرج الواحد والاثنان على آخر قافلة فاستلبوا منها شيئاً فليسوا بمحاربين لأنهم لا يرجعون إلى منعة وقوة ، وإن خرجوا على عدد يسير فقهرهم فهم قطاع طريق .

مسألة ، قال (فمن قتل منهم وأخذ المال قتل وإن عفا صاحب المال وصلب حتى يشتمر ودفع إلى أهله ، ومن قتل منهم ولم يأخذ المال قتل ولم يصلب وإن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى ، في مقام واحد ثم حسمتا وخلي)

روينا نحو هذا عن ابن عباس ؛ وبه قال قتادة ومجلز وحامد والليث والشافعي وإسحاق ، وعن أحمد أنه إذا قتل وأخذ المال قتل وقطع لأن كل واحدة من

الجنايتين توجب حدا منفردا فإذا اجتمعا وجب حدهما معا كما لو زنى وسرق .
 وذهبت طائفة الى أن الامام مخير فيهم بين القتل والصلب والقطع والنفي لان أو
 تقتضى التخيير كقوله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما
 تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة) وهذا قول سعيد بن المسيب وعطاء
 ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وأبي الزناد وأبي ثور وداود ، وروى عن
 ابن عباس ما كان في القرآن (أو) فصاحبه بالخيار

وقال أصحاب الرأي إن قتل قتل وإن أخذ المال قطع وإن قتل وأخذ المال فالامام
 مخير بين قتله وصلبه وبين قتله وقطعه وبين أن يجمع له ذلك كله لانه قد وجد منه
 ما يوجب القتل والقطع فكان للامام فعلها كما لو قتل وقطع في غير قطع طريق ،
 وقال مالك : إذا قطع الطريق فرآه الامام جلداً ذا رأى قتله ، وإن كان جلداً
 لا رأى له قطعه ولم يعتبر فعله .

ولنا على أنه لا يقتل اذا لم يقتل قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ
 مسلم إلا بإحدى ثلاث كفر بعد إيمان أو زنا بعد احصان أو قتل نفس بغير حق ،
 فأما (أو) فقد قال ابن عباس مثل قولنا ، فإما أن يكون توقيفاً أو لغة وأيهما كان
 فهو حجة يدل عليه أنه بدأ بالاعلظ فالاعلظ وعرف القرآن فيما أريد به التخيير
 البداءة بالاعلظ فكفارة اليمين وما أريد به الترتيب بدىء فيه بالاعلظ فالاعلظ .
 فكفارة الظهار والقتل ويدل عليه أيضا أن العقوبات تختلف باختلاف الاجرام
 ولذلك اختلف حكم الزاني والقاذف والسارق ، وقد سوا بينهم مع اختلاف
 جناباتهم ، وهذا يرد على مالك فإنه انما اعتبر الجلد والرأى دون الجنابات وهو
 مخالف للأصول التي ذكرناها .

وأما قول أبي حنيفة : فلا يصح لان القتل لو وجب لحق الله تعالى لم يخير
 الامام فيه كقطع السارق وكما لو انفرد بأخذ المال ، ولان الحدود لله تعالى اذا كان
 فيها قتل سقط ما دونه كما لو سرق وزنى وهو محصن .

وقد روى عن ابن عباس قال : وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة^(١)
 الأسلمى فجاء ناس يريدون الاسلام فقطع عليهم أصحابه فنزل جبريل عليه السلام

بالحد فيهم أن من قتل وأخذ المال قتل و صلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ، ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ، وقيل إنه رواه أبو داود وهذا كالمسند وهو نص ، فإذا ثبت هذا فإن قاطع الطريق لا يخلو من أحوال خمس الأولى : إذا قتل وأخذ المال فإنه يقتل ويصاب في ظاهر المذهب وقتله متحتم لا يدخله عفو . أجمع على هذا كل أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . روى ذلك عن عمر وبه قال سليمان بن موسى والزهرى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، ولأنه حد من حدود الله تعالى . فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود ، وهل يعتبر التكافؤ بين القاتل والمقتول؟ فيه روايتان إحداهما : لا يعتبر بل يؤخذ الحر بالعبد والمسلم بالذمى والاب بالابن لأن هذا القتل حد لله تعالى فلا تعتبر فيه المكافأة كالزنا والسرقة .

والثانية تعتبر المكافأة لقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا يقتل مسلم بكافر ، والحد فيه انحتماله بدليل أنه لو تاب قبل القدرة عليه سقط الانحتمام ، ولم يسقط القصاص . فعلى هذه الرواية إذا قتل المسلم ذمياً أو الحر عبداً أو أخذ ماله قطعت يده ورجله من خلاف لأخذه المال وغرم دية الذمى وقيمة العبد ، وإن قتله ولم يأخذ مالا غرم ديته وتنفى .

وذكر القاضى أنه إنما يتحتم قتله إذا قتله ليأخذ المال ، وإن قتله لغير ذلك مثل أن يقصد قتله لعداوة بينهما فالواجب قصاص غير متحتم وإذا قتل صلب ، لقول الله تعالى (أو يصلبوا) والكلام فيه فى ثلاثة أمور .

أحدها فى وقته ووقته بعد القتل ، وهذا قال الشافعى ، وقال الاوزاعى ومالك والليث وأبو حنيفة وأبو يوسف : يصلب حياً ثم يقتل مصلوباً ، يطعن بالحربة لأن الصلب عقوبة ، وإنما يعاقب الحى لا الميت ، ولأنه جزاء على المحاربة فيشرع فى الحياة كسائر الاجزىة ، ولأن الصلب بعد قتله يمنع تكفينه ودفنه فلا يجوز . ولنا أن الله تعالى قدم القتل على الصلب لفظاً والترتيب بينهما ثابت بغير خلاف فيجب تقديم الاول فى اللفظ كقوله تعالى (ان الصفا والمروة من شعائر الله) ولأن القتل اذا أطلق فى لسان الشرع كان قتلاً بالسيف ، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم : ان الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتل ،

وأحسن القتل هو القتل بالسيف وفي صلبه حيا تعذيب له ، وقد نهى النبي (ص)
عن تعذيب الحيوان

وقولهم انه جزاء على المحاربة ، قلنا . لو شرع لردعه لسقط بقتله كما يسقط
سائر الحدود مع القتل ، وإنما شرع الصلب ردعا لغيره ليشتهر أمره ، وهذا يحصل
بصلبه بعد قتله . وقولهم يمنع تكفينه ودفنه . قلنا هذا لازم لهم لأنهم يتركونه
بعد قتله مصلوباً .

الثاني في قدره ولا توقيت فيه الا قدر ما يشتهر أمره . قال أبو بكر : لم يوقت
أحد في الصلب فأقول : يصلب قدر ما يقع عليه الاسم والصحيح توقيته بما ذكر
الخرقي من الشهرة لان المقصود يحصل به . وقال الشافعي : يصلب ثلاثاً ، وهو
مذهب أبي حنيفة ، وهذا توقيت بغير توقيف فلا يجوز مع انه في الظاهر يفضي
الى تغييره ونيته وأذى المسلمين برأسمته ونظره ويمنع تغسيله وتكفينه ودفنه ، فلا
يجوز بغير دليل .

الثالث . في وجوبه وهذا واجب حتم في حق من قتل ، وأخذ المال لا يسقط
بغفو ولا غيره ، وقال أصحاب الرأي : ان شاء الإمام صلب ، وان شاء لم يصلب .
ولنا حديث ابن عباس ان جبريل نزل بأن من قتل وأخذ المال صلب .
ولانه شرع حداً فلم يتخير بين فعله وتركه كالقتل وسائر الحدود . اذا ثبت هذا
فانه اذا اشتهر أنزل ودفن الى أهله فيغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن

فصل

وان مات قبل قتله لم يصلب ، لأن الصلب من تمام الحد وقد فات الحد بموته
فيسقط ما هو من تتمته ، وان قتل في المحاربة بمقتل قتل كما لو قتل بمحدد لأنهما
سواء في وجوب القصاص بهما ، وان قتل بآلة لا يجب القصاص بالقتل بها
كالسوط والعصا والحجر الصغير ، فظاهر كلام الخرقي : أنهم يقتلون أيضاً لأنهم
دخلوا في العموم .

الحال الثاني : قتلوا ولم يأخذوا المال فإنهم يقتلون ولا يصلبون ، وعن أحمد
رواية أخرى ، أنهم يصلبون لأنهم محاربون يجب قتلهم فيصلبون كالذين أخذوا

المال ، والاولى أصح لأن الخبر المروى فيهم قال فيه « ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ، ولم يذكر صلبا ولأن جنائتهم بأخذ المال مع القتل تزيد على الجنابة بالقتل وحده فيجب أن تكون عقوبتهم أغلظ ، ولو شرع الصلب ههنا لاستويا والحكم في تحتم القتل وكونه حدا ههنا كالحكم فيه إذا قتل وأخذ المال .

(فصل) وإذا جرح المحارب جرحا في مثله قصاص فهل يتحتم فيه القصاص؟ على روايتين .

إحداهما : لا يتحتم لأن الشرع لم يرد بشرع الحد في حقه بالجراح ، فإن الله تعالى ذكر في حدود المحاربين القتل والصلب والقطع والنفي فلم يتعلق بالمحاربة غيرها فلا يتحتم بخلاف القتل فإنه حد فتحتم كسائر الحدود . فحينئذ لا يجب فيه أكثر من القصاص .

والثانية : يتحتم لأن الجراح تابعة للقتل فيثبت فيها مثل حكمه ، ولأنه نوع قود أشبه القود في النفس ، والاولى أولى ، وإن جرحه جرحا لا قصاص فيه كالجائفة فليس فيه إلا الدية ، وإن جرح انسانا وقتل آخر اقتص منه للجراح وقتل للمحاربة . وقال أبو حنيفة : تسقط الجراح لأن الحدود إذا اجتمعت وفيها قتل سقط ما سوى القتل .

ولنا أنها جنابة يجب بها القصاص في غير المحاربة فيجب بها في المحاربة كالقتل ولا نسلم أن القصاص في الجراح حد ، وإنما هو قصاص متمحض فأشبه ما لو كان الجرح في غير المحاربة ، وإن سلمنا أنه حد فإنه مشروع مع القتل فلم يسقط به كالصلب وكقطع اليد والرجل .

الحال الثالث : أخذ المال ولم يقتل فإنه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى : وهذا معنى قوله سبحانه (من خلاف) وإنما قطعنا يده اليمنى للمعنى الذي قطعنا به يمين السارق ثم قطعنا رجله اليسرى لتحقيق المخالفة وليكون أرفق به في إمكان مشيه ، ولا ينتظر اندمال اليد في قطع الرجل بل يقطعان معا يبدأ يمينه فتقطع وتحسم ثم برجله لأن الله تعالى بدأ بذكر الأيدي ، ولا خلاف بين أهل العلم في أنه لا يقطع منه غير يد ورجل إذا كانت يداه ورجلاه صحيحتين

فأما إن كان معدوم اليد والرجل ، أما لكونه قد قطع في قطع طريق أو سرقة

أو قصاص أو لمرض ففتضى كلام الحرق سقوط القطع عنه سواء كانت اليد اليمنى والرجل اليسرى أو بالعكس ، لأن قطع زيادة على ذلك يذهب بمنفعة الجنس : إما منفعة البطش أو المشي أو كليهما ، وهذا مذهب أبي حنيفة وعلى الرواية التي تستوفي أعضاء السارق الأربعة يقطع ما بقي من أعضائه ، فإن كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى وحدها ، ولو كانت يدها صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يمين يديه ولم يقطع غير ذلك وجهاً واحداً وهو مذهب الشافعي : ولا نعلم فيه خلافاً لأنه وجد في محل الحد ما يستوفي فاكتمى باستيفائه ، كما لو كانت اليد ناقصة بخلاف التي قبلها ، وإن كان ما وجب قطعه أشل فذكر أهل الطب أن قطعه يفضي إلى تلفه لم يقطع ، وكان حكمه حكم المعدم . وإن قالوا لا يفضي إلى تلفه ففي قطعه روايتان ذكرناهما في قطع السارق الحال الرابع : إذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا ولم يأخذوا مالا الحال الخامس : إذا تابوا قبل القدرة عليهم . ويأتي ذكر حكمهما إن شاء الله تعالى .

• مسألة ، قال (ولا يقطع منهم إلا من أخذ ما يقطع السارق في مثله)

وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال مالك وأبو ثور : للإمام أن يحكم عليه حكم المحارب لأنه محارب لله ولرسوله ساع في الأرض بالفساد فيدخل في عموم الآية ، ولأنه لا يعتبر الحرز فكذلك النصاب . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا قطع إلا في ربع دينار » ولم يفصل ، ولأن هذه جنابة تعلقت بها عقوبة في حق غير المحارب فلا تغلظ في المحارب بأكثر من وجه واحد كالقتل يغلظ بالانحتام كذلك ههنا تغلظ بقطع الرجل معها ولا تغلظ بما دون النصاب ، وأما الحرز فهو معتبر ، فإنهم لو أخذوا مالا مضيعاً لا حافظ له لم يجب القطع ، وإن أخذوا ما يبلغ نصاباً ولا تبلغ حصة كل واحد منهم نصاباً قطعوا على قياس قولنا في السرقة ، وقياس قول الشافعي وأصحاب الرأي أنه لا يجب القطع حتى تبلغ حصة كل واحد منهم نصاباً ، ويشترط أيضاً

٩ - ٩ المعنى

أن لا تكون لهم شبهة فيما يأخذونه من المال على ما ذكرنا في المسروق .

« مسألة ، قال (وتقيمهم أن يشرّدوا فلا يتركوا ياوون في بلد)

وجملته أن المحاربين إذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا ولم يأخذوا مالا فإنهم ينفون من الارض لقول الله تعالى (أو ينفوا من الارض)

ويروى عن ابن عباس أن النفي يكون في هذه الحالة ، وهو قول النخعي وقتادة وعطاء الخراساني ، والنفي هو تشريدهم عن الامصار والبلدان فلا يتركوا ياوون بلداً ، ويروى نحو هذا عن الحسن والزهرى .

وعن ابن عباس أنه ينفي من بلده الى بلد غيره كنى الزاني ، وبه قال طائفة من أهل العلم . قال أبو الزناد : كان منفي الناس إلى باضع من أرض الحبشة ، وذلك أقصى تهامة اليمن .

وقال مالك : يحبس في البلد الذي ينفي اليه كقوله في الزاني ، وقال أبو حنيفة : نفيه حبسه حتى يحدث توبة ، ونحو هذا قال الشافعي ، فإنه قال في هذه الحال يعزّرم الإمام ، وإن رأى أن يحبسهم حبسهم ، وقيل عنه النفي طلب الامام لهم ليقم فيهم حدود الله تعالى ، وروى ذلك عن ابن عباس

وقال ابن سريج : يحبسهم في غير بلد ، وهذا مثل قول مالك ، وهذا أولى لان تشريدهم إخراج لهم الى مكان يقطعون فيه الطريق ويؤذون به الناس فكان حبسهم أولى . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى معناها أن نفيهم طلب الامام لهم ، فإذا ظفر بهم عزّرم بما يردعهم .

ولنا ظاهر الآية فان النفي الطرد والابعاد ، والحبس إمساك وهما يتنافيان ، فأما نفيهم الى غير مكان معين فلقوله سبحانه (أو ينفوا من الارض) وهذا يتناول نفيه من جميعها ، وما ذكره يبطل بنفي الزاني فانه ينفي الى مكان يحتمل أن يوجد منه الزنا فيه ولم يذكر أصحابنا قدر مدة نفيهم فيحتمل أن تتقدر مدته بما تظهر فيه توبتهم وتحسن سيرتهم ، ويحتمل أن ينفوا عاما كنى الزاني

« مسألة ، قال (فإن تابوا من قبل أن يقدر عليهم سقطت عنهم حدود الله

تعالى وأخذوا بحقوق الأدميين من الانفس والجراح والاموال إلا أن يعنى لهم عنها)

لا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم ، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور : والأصل في هذا قول الله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم) فعلى هذا يسقط عنهم تحتم القتل والصلب والقطع والذني ، ويبقى عليهم القصاص في النفس والجراح وغرامة المال والدية لمالا قصاص فيه .

فأما ان تاب بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء من الحدود لقول الله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) فأوجب عليهم الحد ثم استثنى التائبين قبل القدرة ، فمن عدام يبقى على قضية العموم ، ولأنه اذا تاب قبل القدرة فالظاهر أنها توبة إخلاص ، وبعدها الظاهر أنها تقية من إقامة الحد عليه ، ولأن في قبول توبته وإسقاط الحد عنه قبل القدرة ترغيبا في توبته والرجوع عن محاربه وفساده فتاسب ذلك الاسقاط عنه ، وأما بعدها فلا حاجة الى ترغيبه لأنه قد عجز عن الفساد والمحاربة .

(فصل) وان فعل المحارب ما يوجب حدا لا يختص المحاربة كالزنا والقذف وشرب الخمر والسرقه ، فذكر القاضى أنها تسقط بالتوبة لأنها حدود لله تعالى فتسقط بالتوبة كحد المحاربة ، الا حـد القذف فإنه لا يسقط لأنه حق آدمي ، ولأن في اسقاطها ترغيبا في التوبة ، ويحتمل أن لا تسقط لأنها لا تختص المحاربة فكانت في حقه كمن في حق غيره . وان أتى حدا قبل المحاربة ثم حارب وتاب قبل القدرة عليه لم يسقط الحد الأول ، لأن التوبة إنما يسقط بها الذنب الذي تاب منه دون غيره .

(فصل) وان تاب من عليه حد من غير المحاربين وأصلح ففيه روايتان : احدهما : يسقط عنه لقول الله تعالى (واللذان يأتياننا منك فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما) وذكر حد السارق ثم قال (فمن تاب من بعد ظله وأصلح فإن الله يتوب عليه)

وقال النبي صلى الله عليه وسلم : التائب من الذنب كمن لا ذنب له ، ومن لا ذنب له لا حد عليه ، وقال في ماعز لما أخبر بهربه : هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟ ، ولأنه خالص حق الله تعالى فيسقط بالتوبة كحد المحارب .

والرواية الثانية لا يسقط ، وهو قول مالك وأبو حنيفة وأحد قولي الشافعي لقول الله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا عام في التائبين وغيرهم . وقال تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً والغامدية وقطع الذي أقر بالسرقة ؛ وقد جاءوا تائبين يطلبون التطهير بإقامة الحد ، وقد سمي رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلمهم توبة فقال في حق المرأة : لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لو سعتهم ، وجاء عمرو بن سمرة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني سرقت جملاً ابني فلان فطهرني ، وقد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم الحد عليهم ، ولأن الحد كفارة فلم يسقط بالتوبة ككفارة اليمين والقتل ، ولأنه مقدور عليه فلم يسقط عنه الحد بالتوبة كالمحارب بعد القدرة عليه ، وإن قلنا يسقط الحد بالتوبة فهل يسقط بمجرد التوبة أو بها مع إصلاح العمل ؟ فيه وجهان أحدهما . يسقط بمجردا ، وهو ظاهر قول أصحابنا لأنها توبة مسقط للحد فأشبهت توبة المحارب قبل القدرة عليه .

والثاني : يعتبر إصلاح العمل لقول الله تعالى (فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما) وقال (فمن تاب من بعد ظله وأصلح فأنا نسيب عليه) فعلى هذا القول يعتبر مضي مدة يعلم بها صدق توبته وإصلاح نيته وليست مقدرة بمدة معلومة ؛ وقال بعض أصحاب الشافعي : مدة ذلك سنة ، وهذا توقيت بغير توقيف فلا يجوز .

(فصل) وحكم الرد من القطاع حكم المباشر ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة . وقال الشافعي : ليس على الرد إلا التعزير لأن الحد يجب بارتكاب المعصية فلا يتعلق بالمعين كسائر الحدود .

ولنا أنه حكم يتعلق بالمحاربة فاستوى فيه الرد والمباشر ، كاستحقاق الغنيمة ، وذلك لأن المحاربة مبنية على حصول المنعة والمعاوضة والمناصرة ، فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة الرد بخلاف سائر الحدود ، فعلى هذا إذا قتل واحد منهم ثبت حكم القتل في حق جميعهم فيجب قتل جميعهم . وإن قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال جاز قتلهم وصلبهم ، كما لو فعل الأمرين كل واحد منهم

فصل

وإن كان فيهم صبي أو مجنون أو ذورحم من المقطوع عليه لم يسقط الحد عن غيره في قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : يسقط الحد عن جميعهم ويصير القتل للأولياء إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا : لأن حكم الجميع واحد فالشبهة في فعل واحد شبهة في حق الجميع .

ولنا أنها شبهة اختص بها واحد فلم يسقط الحد عن الباقيين كما لو اشتركوا في وطء امرأة ، وما ذكروه لا أصل له ، فعلى هذا لا حد على الصبي والمجنون ، وإن باشرا القتل وأخذ المال لأنهما ليسا من أهل الحدود وعليهما ضمان ما أخذتا من المال في أموالهما ودية قتلتهما على عاقلتهما ولا شيء على الردء لهما ، لأنه إذا لم يثبت ذلك المباشر لم يثبت لمن هو تبع له بطريق الأولى ، وإن كان المباشر غيرهما لم يلزمهما شيء لأنهما لم يثبت في حقهما حكم المحاربة وثبوت الحكم في حق الردء ثبت بالمحاربة .

(فصل) وإن كان فيهم امرأة ثبت في حقها حكم المحاربة فمقتل وأخذت المال لحدها حد قطاع الطريق وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجب عليها الحد ولا على من معها لأنها ليست من أهل المحاربة كالرجل ، فأشبهت الصبي والمجنون ، ولنا أنها تحد في السرقة فيلزمها حكم المحاربة كالرجل ، وتخالف الصبي والمجنون ولأنها مكافئة يلزمها القصاص وسائر الحدود فلزمها هذا الحد كالرجل . إذا ثبت هذا فإنها إن باشرت القتل أو أخذت المال ثبت حكم المحاربة في حق من معها لأنهم ردها ، وإن فعل ذلك غيرها ثبت حكمه في حقها لأنها ردها له كالرجل سواء ، وإن قطع أهل الذمة الطريق أو كان مع المحاربين المسلمين ذمي فهل ينتقض عهدهم بذلك ؟ فيه روايتان ، فإن قلنا ينتقض عهدهم حلت دماؤهم وأموالهم بكل حال ، وإن قلنا لا ينتقض عهدهم حكمنا عليهم بما نحكم على المسلمين .

(فصل) وإذا أخذ المحاربون المال وأقيمت فيهم حدود الله تعالى فإن كانت الأموال موجودة ردت إلى مالكيها ، وإن كانت تالفة أو معدومة وجب ضمانها على آخذها ، وهذا مذهب الشافعي ومقتضى قول أصحاب الرأي أنها إن كانت تالفة لم يلزمهم غرامتها كقولهم في المسروق إذا قطع السارق ، ووجه المذهبين ما تقدم في

السرقه ويجب الضمان على الأخذ دون الرد لأن وجود الضمان ليس بمحدد فلا يتعلق بغير المباشر له كالغصب والنهب ، ولو تاب المحاربون قبل القدرة عليهم وتعلقت بهم حقوق الادميين من القصاص والضمان لا يخص ذلك بالمباشر دون الرد لذلك ، ولو وجب الضمان في السرقة لتعلق بالمباشر دون الرد لما ذكرنا والله أعلم .

(فصل) اذا اجتمعت الحدود لم تخل من ثلاثة أقسام : القسم الاول : أن تكون خالصة لله تعالى فهي نوعان :

أحدهما . أن يكون فيها قتل ، مثل أن يسرق ويؤذي وهو محصن ، ويشرب الخمر ويقتل في المحاربة فهذا يقتل ويسقط سائرهما ، وهذا قول ابن مسعود وعطاء الشعبي والنخعي والأوزاعي وحماد ومالك وأبي حنيفة ، وقال الشافعي : يستوفى جميعهما لأن ما وجب مع غير القتل وجب مع القتل كقطع اليد قصاصاً ولنا قول ابن مسعود قال سعيد : حدثنا حسان بن علي حدثنا مجالد عن عامر عن مسروق عن عبد الله قال : اذا اجتمع حدان أحدهما القتل أحاط القتل بذلك وقال ابراهيم : يكفيه القتل

وقال حدثنا هشيم أخبرنا حجاج عن ابراهيم والشعبي وعطاء أنهم قالوا مثل ذلك ، وهذه أقوال انتشرت في عصر الصحابة والتابعين ولم يظهر لها مخالف فكانت اجماعاً ، ولأنها حدود لله تعالى فيها قتل فسقط ما دونه كالمحارب اذا قتل وأخذ المال فإنه يكتفى بقتله ولا يقطع ، ولأن هذه الحدود تراد لمجرد الزجر ومع القتل لا حاجة الى زجره ولا فائدة فيه فلا يشرع ، ويفارق القصاص فإن فيه غرض التنشيط والانتقام ولا يقصد منه مجرد الزجر . إذا ثبت هذا فإنه اذا وجد ما يوجب الرجم والقتل للمحاربة أو القتل للردة أو ترك الصلاة فينبغي أن يقتل للمحاربة ويسقط الرجم ، لأن في القتل للمحاربة حق آدمي في القصاص ، وإنما أثرت المحاربة في تحريمه وحق الادمي يجب تقديمه

النوع الثاني : أن لا يكون فيها قتل فإن جميعها يستوفى من غير خلاف فعليه ويبدأ بالأخف فالأخف ، فإذا شرب وزنى وسرق حد للشرب أو لاثم حد للزنا ثم قطع للسرقة ، وإن أخذ المال في المحاربة قطع لذلك ويدخل فيه القطع للسرقة

ولأن محل القطعين واحد فتداخلا كالقتلين ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة
يتخير بين البداءة بحد الزنا وقطع السرقة ، لأن كل واحد منهما ثبت بنص القرآن
ثم يحد للشرب .

ولنا أن حد الشرب أخف فيقدم كحد القذف ، ولا نسلم أن حد الشرب غير
منصوص عليه في السنة ويجمع على وجوبه ، وهذا التقديم على سبيل الاستحباب
ولو بدأ بغيره جاز ووقع الموضع ، ولا يوالى بين هذه الحدود لأنه ربما أفضى إلى
تلفه بل متى برأ من حد أقيم الذي يليه .

القسم الثاني : الحدود الخالصة للآدمي وهو القصاص وحد القذف ، فهذه
تستوفى كلها ويبدأ بأخفها ، فيحد للقذف ثم يقطع ثم يقتل لأنها حقوق للآدميين
أمكن استيفاؤها فوجب كسائر حقوقهم ، وهذا قول الأوزاعي والشافعي .
وقال أبو حنيفة : يدخل ما دون القتل فيه احتجاجا بقول ابن مسعود وقياسا على
الحدود الخالصة لله تعالى .

ولنا أن ما دون القتل حق لآدمي فلم يسقط به كذنوبهم وفارق حق الله تعالى
فإنه مبني على المسامحة .

القسم الثالث : أن تجتمع حدود الله وحدود الآدميين ، وهذه ثلاثة أنواع
أحدها : أن لا يكون فيها قتل ، فهذه تستوفى كلها ، وبهذا قال أبو حنيفة
والشافعي ، وعن مالك أن حدى الشرب والقذف يتداخلان لاستوائهما فهما
كالقتلين والقطعين .

ولنا أنهما حدان من جنسين لا يفوت بهما المحل فلم يتداخلا كحد الزنا
والشرب ولا نسلم استواءهما فإن حد الشرب أربعون وحد القذف ثمانون ، وإن
سلم استواءهما لم يلزم تداخلهما لأن ذلك لو اقتضى تداخلهما لوجب دخولهما في
حد الزنا ، لأن الأقل مما يتداخل يدخل في الأكثر ، وفارق القتلين والقطعين لأن
المحل يفوت بالاول فيتعذر استيفاء الثاني وهذا بخلافه ، فعلى هذا يبدأ بحد القذف
لأنه اجتمع فيه معنيان : خفته وكونه حقا لآدمي شحيح ، إلا إذا قلنا حد الشرب
أربعون فانه يبدأ به لخفته ثم بحد القذف وأيهما قدم فالآخر يليه ثم بحد الزنا فانه
لا اتلاف فيه ثم بالقطع ، هكذا ذكره القاضي

وقال أبو الخطاب : يبدأ بالقطع قصاصاً لأنه حق آدمي متمحض فاذا برأ حد للقتل إذا قلنا هو حق آدمي ثم بحد الشرب فاذا برأ حد للزنا لأن حق الآدمي يجب تقديمه لتأكيده .

النوع الثاني : أن تجتمع حدود الله تعالى وحدود لآدمي وفيها قتل فان حدود الله تعالى تدخل في القتل سواء كان من حدود الله تعالى كالرجم في الزنا والقتل للمحاربة أو الردة أو لحق آدمي كالقصاص لما قدمناه .

وأما حقوق الآدمي فتستوفى كلها ثم إن كان القتل حقاً لله تعالى استوفيت الحقوق كلها مترالية لأنه لا بد من فوات نفسه فلا فائدة في التأخير ، وإن كان القتل حقاً لآدمي انتظر باستيفائه الثاني برأه من الأول لوجهين .

أحدهما : أن الموالاة بينهما يحتمل أن تفوت نفسه قبل القصاص فيفوت حق الآدمي والثاني : أن العفو جائز فتأخيره يحتمل أن يعفو الولي فيجاء بخلاف القتل حقاً لله سبحانه .

النوع الثالث : أن يتفق الحقان في محل واحد ويكون تفويتا كالقتل والقطع قصاصاً وهدماً فإن كان فيه ما هو خالص لحق الله تعالى كالرجم في الزنا وما هو حق لآدمي كالقصاص قدم القصاص لتأكيد حق الآدمي ، وإن اجتمع القتل للقتل في المحاربة والقصاص بدمي بأسبقهما لأن القتل في المحاربة فيه حق لآدمي أيضاً فيقدم أسبقهما فإن سبق القتل في المحاربة استوفى ووجب لولي المقتول الآخر دية في مال الجاني ، وإن سبق القصاص قتل قصاصاً ولم يصلب لأن الصلب من تمام الحد وقد سقط الحد بالقصاص فسقط الصلب كما لو مات ، ويجب لولي المقتول في المحاربة دية لأن القتل تعذر استيفاؤه وهو قصاص فصار الوجوب إلى الدية وهكذا لو مات القاتل في المحاربة وجبت الدية في تركته لتعذر استيفاء القتل من القاتل ، ولو كان القصاص سابقاً فدفع لولي المقتول استوفى للمحاربة سواء عفا مطلقاً أو إلى الدية ، وهذا مذهب الشافعي .

وأما النقطع فاذا اجتمع وجوب النقطع في يد أو رجل قصاصاً وهدماً قدم القصاص على الحد المتمحض لله تعالى لما ذكرناه سواء تقدم سببه أو تأخر ، وإن عفا ولي الجناية استوفى الحد فاذا قطع يبدأ وأخذ المال في المحاربة قطعت يده

قصاصا وينتظر برؤه ، فإذا برأ قطعت رجله للمحاربة لأنهما حدان وإنما قدم القصاص في القطع دون القتل لأن القطع في المحاربة حد محض وليس بقصاص والقتل فيها يتضمن القصاص ولهذا لو فات القتل في المحاربة وجبت الدية ولو فات القطع لم يجب له بدل .

وإذا ثبت أنه يقدم القصاص على القطع في المحاربة فقطع يده قصاصا فان رجله تقطع وهل تقطع يده الأخرى؟ نظرنا فان كان المقطوع بالقصاص قد كان يستحق القطع بالمحاربة قبل الجناية الموجبة للقصاص فيه لم يقطع أكثر من العضو الباقي من العضوين اللذين استحق قطعهما لأن محل القطع ذهب بعارض حادث فلم يجب قطع بدله كما لو ذهبت بعدوان أو بمرض .

وعلى هذا لو ذهب العضوان جميعا سقط القطع عنه بالكلية ، وإن كان سبب القطع قصاصا سابقا على محاربته أو كان المقطوع غير العضو الذي وجب قطعه في المحاربة مثل أن وجب عليه القصاص في يساره بعد وجوب قطع يمينه في المحاربة فهل تقطع اليد الأخرى للمحاربة؟ على وجهين بناء على الروايتين في قطع يسرى السارق بعد قطع يمينه إن قلنا تقطع ثم قطعت ههنا والا فلا ، وإن سرق وأخذ المال في المحاربة قطعت يده اليمين لأسبقهما فان كانت المحاربة سابقة قطعت يده اليمين ورجله اليسرى في مقام واحد وحسبمتا ، وهل تقطع يسرى يديه للسرقة على الروايتين .

فان قلنا : تقطع انتظر برؤه من القطع للمحاربة لأنهما حدان ، وإن كانت السرقة سابقة قطعت يمينه للسرقة ولا تقطع رجله للمحاربة حتى تبرأ يده وهل تقطع يسرى يديه للمحاربة؟ على وجهين .

(فصل) وإن سرق وقتل في المحاربة ولم يأخذ المال قتل حتما ولم يصلب ولم تقطع يده لأنهما حدان فيهما قتل فدخل ما دون القتل فيه ولم يصلب لأن الصلب من تمام حد قاطع الطريق إذا أخذ المال مع القتل ولم يوجد وهذان حدان كل واحد منهما منفصل عن صاحبه ، فاذا اجتمعا تداخلا وإن قتل في المحاربة جماعة قتل بالأول حتما وللباقي ديات أوليائهم لأن قتله استحق بقتل الأول وتحتم بحيث لا يسقط فتعينت حقوق الباقي في الدية كما لو مات .

(فصل) إذا شهد عدلان على رجل أنه قطع عليهما الطريق وعلى فلان وأخذ متاعهم لم تقبل شهادتهما لأنهما صارا خصمين له بقطعه عليهما ، وإن قالا نشهد أن هذا قطع الطريق على فلان وأخذ متاعه قبلت شهادتهما ولم يسألها الحاكم هل قطع عليهما أم لا ؟ لأنه لا يسألها ما لم يدع عليهما ، وإن عاد المشهود له فشهد عليه أنه قطع عليهما الطريق وأخذ متاعهما لم تقبل شهادته لأنه صار عدواً له بقطعه الطريق عليه ، وإن شهد شاهدان أن هؤلاء عرضوا لنا في الطريق وقطعواها على فلان قبلت شهادتهما لأنه لم يثبت كونهما خصمين بما ذكرناه .

كتاب الأشربة

الخمر محرم بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه — الى قوله — فهل أنتم متبهون ؟) .

وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وكل خمر حرام ، رواه أبو داود والامام أحمد ، وروى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله الخمر وشاربها وساقمها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة اليه ، رواه أبو داود ، وثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم تحريم الخمر بأخبار تبلغ بجموعها رتبة التواتر واجمعت الامة على تحريمه ، وإنما حكى عن قدامة بن مظعون وعمر بن معد يكرب وأبي جندل بن سهيل أنهم قالوا هي حلال لقول الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية فبين لهم علماء الصحابة معنى هذه الآية وتحريم الخمر وأقاموا عليهم الحد لشربهم إياها فرجعوا إلى ذلك فأنعقد الاجماع فمن استحلها الآن فقد كذب النبي صلى الله عليه وسلم لأنه قد علم ضرورة من جهة النقل تحريمه فيكفر بذلك ويستتاب فإن تاب وإلا قتل .

وروى الجوزجاني بإسناده عن ابن عباس أن قدامة بن مظعون شرب الخمر فقال له عمر ما حملك على ذلك ؟ فقال إن الله عز وجل يقول (ليس على الذين

آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا . واثى من المهاجرين الاولين من أهل بدر وأحد فقال عمر للقوم أجيئوا الرجل فسكتوا عنه فقال لابن عباس أجبه فقال إنما أنزلها الله تعالى عذراً للماضين لمن شربها قبل أن تحرم وأنزل (إنما الخمر والميسر والأصاب) حجة على الناس ثم سأل عمر عن الحد فيها فقال علي بن أبي طالب إذا شرب هذى وإذا هذى افتري فاجلدوه ثمانين جلده عمر ثمانين جلدة وروى الواقدي أن عمر قال له أخطأت التأويل يا قدامة إذا اتقيت اجتنبت ما حرم الله عليك ، وروى الحلال بإسناده عن محارب بن دثار أن أناساً شربوا بالشام الخمر فقال لهم يزيد بن أبي سفيان شربتم الخمر ؟ قالوا : نعم بقول الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية فكتب فيهم إلى عمر بن الخطاب فكتب إليه إن أتاك كتابي هذا نهراً فلا تنتظر بهم إلى الليل وإن أتاك ليلاً فلا تنتظر بهم نهراً حتى تبعث بهم إلى لئلا يفتنوا عباد الله فبعث بهم إلى عمر فشاور فيهم الناس فقال اعلى ما ترى ؟ فقال أرى أنهم قد شرعوا في دين الله ما لم يأذن الله فيه فإن زعموا أنها حلال فاقتلهم فقد أحلوا ما حرم الله ، وإن زعموا أنها حرام فاجلدوهم ثمانين ثمانين فقد افتروا على الله ، وقد أخبرنا الله عز وجل بحمد ما يفترى بعضنا على بعض فخدم عمر ثمانين ثمانين .

إذا ثبت هذا : فالجمع على تحريمه عصير العنب إذا اشتد وقذف زبده وما عداه من الاشربة المسكرة فهو محرم وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى .

مسألة ، قال (ومن شرب مسكراً قل أو كثر جلد ثمانين جلدة إذا شربها وهو مختار لشربها وهو يعلم أن كثيرها يسكر)

الكلام في هذه المسألة في فصول .

أحدها : أن كل مسكر حرام قليله وكثيره وهو خمر حكمه حكم عصير العنب في تحريمه ووجوب الحد على شاربته ، وروى تحريم ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وسعد بن أبي وقاص وأبي بن كعب وأنس وعائشة رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والقاسم وقتادة وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وإسحاق .

وقال أبو حنيفة في عصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه ونقيع التمر والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه ، ونبيذ الحنطة والذرة والشعير ونحو ذلك نقيعا كان أو مطبوخا كل ذلك حلال إلا ما بلغ السكر

فأما عصير العنب إذا اشتد وقذف زبده أو طبخ فذهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر والزبيب إذا اشتد بغير طبخ فهذا محرم قليله وكثيره لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « حرمت الخمرة لعينها والمسكر من كل شراب ، ولنا ما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كل مسكر خمر وكل خمر حرام ، وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما أسكر كثيرة فقليله حرام ، رواهما أبو داود والاثرم وغيرهما

وعن عائشة قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « كل مسكر حرام قال : وما أسكر منه الفرق فله الكف منه حرام ، رواه أبو داود وغيره ، وقال عمر رضي الله عنه نزل تحريم الخمر وهي من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير والخمر ما خامر العقل متفق عليه ولأنه مسكر أشبه عصير العنب فأما حديثهم فقال أحمد ليس في الرخصة في المسكر حديث صحيح

وحديث ابن عباس رواه سعيد عن مسعر عن أبي عون عن ابن شداد عن ابن عباس قال : والمسكر من كل شراب ، وقال ابن المنذر جاء أهل الكوفة بأحاديث معلولة ذكرناها مع عللها ، وذكر الاثرم أحاديثهم التي يحتجون بها عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة فضعفها كلها وبين عللها ، وقد قيل إن خبر ابن عباس موقوف عليه مع أنه يحتمل أنه أراد بالسكر المسكر من كل شراب فإنه يروى هو وغيره عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « كل مسكر حرام »

الفصل الثاني : أنه يجب الحد على من شرب قليلا من المسكر أو كثيرا ولا نعلم بينهم خلافا في ذلك في عصير العنب غير المطبوخ ، واختلفوا في سائرها فذهب إمامنا إلى التسوية بين عصير العنب وكل مسكر وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة والأوزاعي ومالك والشافعي

وقالت طائفة : لا يحد إلا أن يسكر ، منهم أبو وائل والنخعي وكثير من أهل الكوفة وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور : من شربه معتقدا تحريمه حد ومن

شربه متاولا فلا حد عليه لأنه مختلف فيه فأشبهه النكاح بلا ولى .
ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من شرب الخمر فاجلدوه ،
رواه أبو داود وغيره ، وقد ثبت أن كل مسكر خمر فيتناول الحديث قليله وكثيره
ولأنه شراب فيه شدة مطربة فوجب الحد بقليله كالخمر ، والاختلاف فيه لا يمنع
وجوب الحد فيها بدليل ما لو اعتقد تحريمها ، وبهذا فارق النكاح بلا ولى ونحوه من
المختلف فيه ، وقد حدد عمر قدامة بن مظعون وأصحابه مع اعتقادهم حل ما شربوه
والفرق بين هذا وبين سائر المختلف فيه من وجهين .

أحدهما : أن فعل المختلف فيه ههنا داعية إلى فعل ما أجمع على تحريمه وفعل
سائر المختلف فيه يصرف عن جنسه من المجمع على تحريمه .

الثاني : أن السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم قد استفاضت بتحريم هذا
المختلف فيه فلم يبق فيه لأحد عذر في اعتقاد إباحته بخلاف غيره من المجتمعات .
قال أحمد بن القاسم : سمعت أبا عبد الله يقول في تحريم المسكر عشرون وجها عن
النبي (ص) في بعضها وكل مسكر خمر ، وبعضها وكل مسكر حرام ،

(فصل)

وان ترد في الخمر أو اصطبغ به أو طبخ به لحما فأكل من مرقته فعليه الحد
لأن عين الخمر موجودة ، وكذلك إن أت به سويقا فأكله ، وإن عجن به دقيقا ثم
خبزه فأكله لم يحد لأن النار أكلت أجزاء الخمر فلم يبق إلا أثره ، وإن احتقن
بالخمر لم يحد لأنه ليس بشرب ولا أكل ، ولأنه لم يصل إلى حلقه فأشبه ما لو
داوى به جرحه ، وإن استعط به فعليه الحد لأنه أوصله إلى باطنه من حلقه ،
ولذلك نشر الحرمة في الرضاع دون الحقنة . وحكى عن أحمد أن على من احتقن
به الحد لأنه أوصله إلى جوفه ، والاول أولى لما ذكرناه والله أعلم .

الفصل الثالث في قدر الحد وفيه روايتان : إحداهما أنه ثمانون ، وبهذا قال
مالك والثوري وأبو حنيفة ومن تبعهم لإجماع الصحابة ، فإنه روى أن عمر
استشار الناس في حد الخمر ، فقال عبد الرحمن بن عوف اجعله كأخف الحدود
ثمانين ، فضرب عمر ثمانين وكتب به إلى خالد وأبي عبيدة بالشام
وروى أن علياً قال في المشورة : أنه إذا سكر هذى ، وإذا هذى اقترى ،

لحدوده حدد المفتري . روى ذلك الجوزجاني والدارقطني وغيرهما .
والرواية الثانية أن الحد أربعون ، وهو اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي ،
لأن علياً جلد الوليد بن عقبة أربعين ثم قال : جلد النبي (ص) أربعين وأبو بكر
أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب الي ، رواه مسلم . وعن أنس قال : أتى
رسول الله (ص) برجل قد شرب الخمر فضربه بالنعال نحواً من أربعين ثم أتى
به أبو بكر فصنع مثل ذلك ، ثم أتى به عمر فاستشعار الناس في الحدود ، فقال
ابن عوف : أقل الحدود ثمانون ، فضربه عمر ، متفق عليه ، وفعل النبي (ص)
حجة لا يجوز تركه بفعل غيره ، ولا ينعقد الاجماع على ماخالف فعل النبي (ص)
وأبي بكر وعلى رضى الله عنهما ، فتحمل الزيادة من عمر على أنها تعزير يجوز فعلها
إذا رآه الإمام .

الفصل الرابع : أن الحد إنما يلزم من شربها مختاراً لشربها فإن شربها مكرها
فلا حد عليه ولا اثم سواء أكره بالوعيد والضرب أو ألجىء الى شربها بأن يفتح
فوه وتصب فيه ، فإن النبي (ص) قال : « عني لآمتي عن الخطأ والنسيان وما
استكرهوا عليه » وكذلك المضطر اليها لدفع غصة بها إذا لم يجد مائماً سواها ،
فإن الله تعالى قال في آية التحريم (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) وإن
شربها لعطش نظرنا فإن كانت ممزوجة بما يروى من العطش أبيضحت لدفعه عند
الضرورة كما تباح الميتة عند المخمصة وكما يباحها لدفع الغصة ، وقد روينا في حديث
عبد الله بن حذافة أنه أسره الروم ، فحبسه طائفتهم في بيت فيه ماء ممزوج بخمر ولحم
خنزير مشوى لياً كله ويشرب الخمر وتركه ثلاثة أيام فلم يفعل ثم أخرجه حين
خشوا موته ، فقال والله لقد كان الله أحله لي فإني مضطر وأمكن لم أكن لأشتكم
بدين الاسلام ، وإن شربها صرفاً أو ممزوجة بشيء يسير لا يروى من العطش أو
شربها للتداوى لم يبع له ذلك وعليه الحد . وقال أبو حنيفة : يباح شربها لهما :
وللشافعية وجهان كالْمذهبين ، ووجه ثالث : يباح شربها للتداوى دون العطش
لأنها حال ضرورة فأبيضحت فيها كدفع الغصة وسائر ما يضطر اليه

ولنا ما روى الامام أحمد بإسناده عن طارق بن سويد أنه سأل رسول الله
صلى الله عليه وسلم ، فقال إنما أصنعها للدواء ، فقال : « انه ليس بدواء ولكنه داء »

وياسناده عن مخارق أن النبي (ص) دخل على أم سلمة وقد نبذت نبذا في جرة فخرج والنبيذ يسدر ، فقال : ما هذا ؟ ، فقالت فلانة اشتكت بطنها فنقعت لها ، فدفعه برجله فكسره وقال : ان الله لم يجعل فيها حرم عليكم شفاء ، ولأنه محرم لعينه فلم يبيع للتداوى كلحم الخنزير ، ولأن الضرورة لا تندفع به فلم يبيع كالتداوى بها فيما لا تصلح له .

الفصل الخامس : ان الحد إنما يلزم من شربها عالما أن كثيرا يسكر ، فأما غيره فلا حد عليه لأنه غير عالم بتحريمها ولا قاصد إلى ارتكاب المعصية بها ، فأشبهه من زفت إليه غير زوجته ، وهذا قول عامة أهل العلم ، فأما من شربها غير عالم بتحريمها فلا حد عليه أيضا ، لأن عمر وعثمان قالا لا حد إلا على من علمه ، ولأنه غير عالم بالتحريم أشبهه من لم يعلم أنها خمر ، وإذا ادعى الجهل بتحريمها نظرنا فإن كان ناشئا ببلد الاسلام بين المسلمين لم تقبل دعواه ، لأن هذا لا يكاد يخفى على مثله فلا تقبل دعواه فيه ، وإن كان حديث عهد بسلام أو ناشئا ببادية بعيدة عن البلدان قبل منه لأنه يحتمل ما قاله .

(فصل)

ولا يجب الحد حتى يثبت شربه بأحد شيئين الإقرار أو البيعة ويكفي في الإقرار مرة واحدة في قول عامة أهل العلم ، لأنه حد لا يتضمن إتلافا فأشبهه حد القذف ، وإذا رجع عن إقراره قبل رجوعه لأنه حد لله سبحانه فقبل رجوعه عنه كسائر الحدود ولا يعتبر مع الإقرار وجود راتحة

وحكى عن أبي حنيفة لا حد عليه إلا أن توجد راتحة ، ولا يصح لأنه أحد بينتي الشرب فلم يعتبر معه وجود الراتحة كالشهادة ، ولأنه قد يقر بعد زوال الراتحة عنه ، ولأنه إقرار بحد فاكفى به كسائر الحدود

(فصل) ولا يجب الحد بوجود راتحة الخمر من فيه في قول أكثر أهل العلم منهم الثوري وأبو حنيفة والشافعي ، وروى أبو طالب عن أحمد أنه يحد بذلك ، وهو قول مالك لأن ابن مسعود جلد رجلا وجد منه راتحة الخمر

وروى عن عمر أنه قال : إني وجدت من عبيد الله ريح شراب ، فأقر أنه شرب الطلا ، فقال عمر إني سائل عنه فإن كان يسكر جلده ، ولأن الراتحة تدل على

شربه فجرى مجرى الإقرار ، والأول أولى لأن الرأحة يحتمل أنه تَضَمُّضُ بها أو حسبها ماء فلما صارت في فيه مجها أو ظنها لا تسكر أو كان مكرها أو أكل نبقا بالغاً أو شرب شراب التفاح فإنه يكون منه كرائحة الخمر وإذا احتمل ذلك لم يجب الحد الذي يدرأ بالشبهات ، وحديث عمر حجة لنا فإنه لم يحده بوجود الرأحة ولو وجب ذلك لبادر إليه عمر والله أعلم .

(فصل) وان وجد سكران أو تقياً الخمر فمن أحد لا حد عليه لاحتمال أن يكون مكرها أو لم يعلم أنها تسكر ، وهذا مذهب الشافعي ، ورواية أبي طالب عنه في الحد بالرأحة يدل على وجوب الحد ههنا بطريق الأولى لأن ذلك لا يكون إلا بعد شربها فأشبهه ما لو قامت البيئة عليه بشربها .

وقد روى سعيد حدثنا هشيم حدثنا المغيرة عن الشعبي قال : لما كان من أمر قدامة ما كان جاء علقمة الخصي فقال أشهد أني رأيت يتقيوها فقال عمر من قامها فقد شربها فضربه الحد .

وروى حصين بن المنذر الرقاشي قال : شهدت عثمان وأتى بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أحدهما أنه رآه شربها وشهد الآخر أنه رآه يتقيوها ، فقال عثمان إنه لم يتقيها حتى شربها فقال لعلي أقم عليه الحد فأمر علي عبد الله بن جعفر فضربه ، رواه مسلم .

وفي رواية له فقال : عثمان لقد تنطعت في الشهادة ، وهذا بمحض من علماء الصحابة وساداتهم ولم ينكر فكان إجماعاً ولأنه يكفي في الشهادة عليه أنه شربها ولا يتقيوها أو لا يسكر منها حتى يشربها .

(فصل) وأما البيئة فلا تكون إلا رجلين عداين مسلمين يشهدان أنه مسكر ولا يحتاجان إلى بيان نوعه لأنه لا ينقسم إلى ما يوجب الحد وإلى ما لا يوجبه بخلاف الزنا فإنه يطلق على الصريح وعلى دواعيه ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم : العيانان تزنيان واليدان تزنيان والفرج يصدق ذلك أو يكذبه ، فلمذا احتاج الشاهدان إلى تفسيره ، وفي مسألتنا لا يسمى غير المسكر مسكراً فلم يفتقر إلى ذكر نوعه ولا يفتقر في الشهادة إلى ذكر عدم الكراه ولا ذكر عليه أنه مسكر لأن الظاهر الاختيار والعلم وما عداها نادر بعيد فلم يحتج إلى بيانه ولذلك لم يعتبر

ذلك في شيء من الشهادات ولم يعتبره عثمان في الشهادة على الوليد بن عقبة ولا اعتبره عمر في الشهادة على قدامة بن مظعون ولا في الشهادة على المغيرة بن شعبة ولو شهدا بعتق أو طلاق لم يفتقر إلى ذكر الاختيار كذا هنا .

« مسألة ، قال (فإن مات في جلده فالحق قتله يعني ليس على أحد ضمانه) »

وهذا قول مالك وأصحاب الرأي ؛ وبه قال الشافعي أن لم يزد على الأربعين وإن زاد على الأربعين فمات فعليه الضمان لأن ذلك تعزير إنما يفعله الإمام برأيه وفي قدر الضمان قولان .

أحدهما : نصف الدية لأنه تلف من فعلين مضمون وغير مضمون فكان عليه نصف الضمان .

والثاني : تقسم الدية على عدد الضربات كلها فيجب من الدية بقدر زيادته على الأربعين ، وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد في نفسي منه شيئاً إلا صاحب الخمر ولو مات وديته ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسنه لنا .

ولنا أنه حد وجب لله فلم يجب ضمان من مات به كسائر الحدود وما زاد على الأربعين قد ذكرنا أنه من الحد ، وإن كان تعزيراً فالتعزير يجب فهو بمنزلة الحد وأما حديث علي فقد صح عنه أنه قال جلد رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعين وأبو بكر أربعين وثبت الحد بالاجماع فلم تبق فيه شبهة .

(فصل) ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في سائر الحدود أنه إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة أنه لا يضمن من تلف بها وذلك لأنه فعلها بأمر الله وأمر رسوله فلا يؤاخذ به ولأنه نائب عن الله تعالى فكان التلف منسوباً إلى الله تعالى وإن زاد على الحد فتلف وجب الضمان بغير خلاف نعلمه لأنه تلف بعدوانه فأشبه ما لو ضربه في غير الحد .

قال أبو بكر : وفي قدر الضمان قولان . أحدهما : كالدية لأنه قتل حصل من جهة الله وعدوان الضارب فكان الضمان على العادي كما لو ضرب مريضاً سوطاً

فمات به ولأنه تلف بعدوان وغيره فأشبهه مالو ألقى على سفينة موقرة حجراً فغرقها
والثاني : عليه نصف الضمان لأنه تلف بفعل مضمون وغير مضمون فكان
الواجب نصف الدية كما لو جرح نفسه وجرحه غيره فمات ، وبهذا قال أبو حنيفة
ومالك والشافعي في أحد قوليه .

وقال في الآخر يجب من الدية بقسط ما تعدى به تقسط الدية على الأسواط
كلها وسواء زاد خطأ أو عمداً لأن الضمان يجب في الخطأ والعمد ثم ينظر فإن
كان الجلاء زاده من عند نفسه بغير أمر فالضمان على عاقلته ، لأن العدوان منه ،
وكذلك ان قال الإمام له أضرب ما شئت فالضمان على عاقلته ، وإن كان له من
يعد عليه فزاد في العدد ولم يخبره فالضمان على من يعد سواء تعدد ذلك أو خطأ
في العدد لأن الخطأ منه ، وإن أمره الإمام بالزيادة على الحد فزاد فقال القاضي
الضمان على الامام ، وقياس المذهب أنه إن اعتقد وجوب طاعة الامام وجهل
تحريم الزيادة فالضمان على الامام ، وإن كان عالماً بذلك فالضمان عليه كما لو أمره
الامام بقتل رجل ظلماً فقتله : وكل موضع قلنا يضمن الامام فهل يلزم عاقلته أو
بيت المال ؟ فيه روايتان .

أحدهما : هو في بيت المال لأن خطاه يكثر فلو وجب ضمانه على عاقلته
أجحف بهم ، قال القاضي : هذا أصح .

والثانية : هو على عاقلته لأنها وجبت بخطئه فكانت على عاقلته كما لو رمى صيداً
فقتل آدمياً ، ويحتمل أن تكون الروايتان إنما هما فيما إذا وقعت الزيادة منه خطأ
أما إذا تعدد هذا ظلم قصده فلا وجه لتعلق ضمانه ببيت المال بحال كما لو تعدد
جلده من لا جد عليه ، وأما الكفارة التي تلزم الامام فلا يحملها عنه غيره لأنها
عبادة فلا تتعلق بغير من وجد منه سببها ولأنها كفارة لفعله فلا تحصل الا بتحملة
إياها ، ولهذا لا يدخلها التحمل بحال .

(فصل) ولا يقام الحد على السكران حتى يصحو ، روى هذا عن عمر بن
عبد العزيز والشمسي ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة والشافعي لأن المقصود الزجر
والتفكير وحصوله بإقامة الحد عليه في صحوه أتم فينبغي أن يؤخر إليه .

(فصل) وحد السكر الذي يحصل به فسق شارب النبيذ ويختلف معه في وقوع

طلّاقه ويمنع صحة الصلاة منه هو الذي يجعله يخلط في كلامه ما لم يكن قبل الشرب ويغيره عن حال صحوه ويغلب على عقله ، ولا يميز بين ثوبه وثوب غيره عند اختلاطهما ولا بين نعله ونعل غيره ، ونحو هذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور ، وزعم أبو حنيفة أن السكران هو الذي لا يعرف السماء من الأرض ولا الرجل من المرأة ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) نزلت في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قدموا رجلا منهم في الصلاة فصلى بهم وترك في قراءته ما غير المعنى وقد كانوا قاموا إلى الصلاة عالين بها وعرفوا إمامهم وقدموه ليؤمهم وقصد إمامتهم والقراءة لهم وقصدوا الاتساع به وعرفوا أركان الصلاة فاتوا بها ودلت الآية على أنه ما لم يعلم ما يقول فهو سكران ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسكران فقال ما شربت ؟ فقال ما شربت إلا الخليلين ، وأتى بآخر سكران فقال ألا أبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم أنى ما سرقت ولا زنت فهو لا قد عرفوا رسول الله صلى الله عليه وسلم واعتذروا إليه وهم سكارى ، وفي حديث حمزة عم النبي صلى الله عليه وسلم حين غنته قينة وهو سكران :

الا يا حمز للشرف النواء وهن مغفلات بالغناء

وكان على أناس شافين له بغناء البيت الذي فيه حمزة فقام إليها فبقر بطونها واجتث أسنمتها فذهب على فاستعدى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا حمزة محمرا عيناه فلامه النبي صلى الله عليه وسلم فنظر إليه وإلى زيد بن حارثة فقال وهل أنتم إلا عبيد لأبي ؟ فانصرف عنه رسول الله فقد فهم ما قالت القينة في غنائها وعرف الشافين وهو في غاية سكره ولأن المجنون الذاهب العقل بالكفاية يعرف السماء من الأرض والرجل من المرأة مع ذهاب عقله ورفع القلم عنه .

« مسألة ، قال (ويضرب الرجل في سائر الحدود قائما بسوط لا خلق ولا جديد ولا يمد ولا يربط ويتقى وجهه)

قوله : في سائر الحدود يعنى جميع الحدود التى فيها الضرب ، وفي هذه المسألة

ثلاث مسائل . أحدها : ان الرجل يضرب قائماً ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك . يضرب جالساً رواه حنبل عن أحمد لأن الله تعالى لم يأمر بالقيام ولأنه مجلود في حد فاشبه المرأة .

ولنا : قول علي رضي الله عنه : لكل موضع في الجسد حظ يعنى في الحد إلا الوجه والفرج وقال للجلاد اضرب وأوجع واتق الرأس والوجه ولأن قيامه وسيلة إلى إعطاء كل عضو حظه من الضرب ، وقوله : ان الله لم يأمر بالقيام . قلنا ولم يأمر بالجلوس ولم يذكر الكيفية فعليناها من دليل آخر ولا يصح قياس الرجل على المرأة في هذا لأن المرأة يقصد سترها ويخشى متكها

إذا ثبت هذا : فإن الضرب يفرق على جميع جسده لياخذ كل عضو منه حصته ويكثر منه في مواضع اللحم كالأيتين والفخذين ويتق المقاتل وهي الرأس والوجه والفرج من الرجل والمرأة جميعاً ، وقال مالك يضرب الظهر وما يقاربه ، وقال أبو يوسف يضرب الرأس أيضاً لأن علياً لم يستثنه .

ولنا على مالك قول علي ولأن ماعدا الأجزاء الثلاثة ليس بمقتل فاشبهت الظهر وعلى أبي يوسف ان الرأس مقتل فاشبه الوجه ولأنه ربما ضربه في رأسه فذهب بسمعه وبصره وعقله أو قتله والمقصود أدبه لا قتله ، وقولهم لم يستثنه على ممنوع فقد ذكرنا عنه انه قال : اتق الرأس والوجه ولو لم يذكره صريحاً فقد ذكره دلالة لأنه في معنى ما استثناه فيقاس عليه .

المسألة الثانية : انه لا يمد ولا يربط ولا نعلم عنهم في هذا خلافاً . قال ابن مسعود : ليس في ديننا مد ولا قيد ولا تجريد ، وجلد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينقل عن أحد منهم مد ولا قيد ولا تجريد ولا تنزع عنه ثيابه بل يكون عليه الثوب والثوبان ، وان كان عليه فرو أو جبة بحشوة نزعته عنه لأنه لو ترك عليه ذلك لم يبال بالضرب

قال أحمد لو تركت عليه ثياب الشتاء ما بالى بالضرب وقال مالك يجرّد لأن الأمر بجلده يقتضى مباشرة جسمه .

ولنا : قول ابن مسعود ولم يعلم عن أحد من الصحابة خلافه والله تعالى لم يأمر بتجنيده إنما أمر بجلده ومن جلد فوق الثوب فقد جلد .

المسألة الثالثة : أن الضرب بالسوط ، ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في هذا في غير حد الحمر . فأما حد الحمر فقال بعضهم : يقام بالأيدي والنعال وأطراف الثياب . وذكر بعض أصحابنا أن الامام فعل ذلك إذا رآه لما روى أبو هريرة : أن رسول الله (ص) أتى برجل قد شرب فقال اضربوه ، قال فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه ، رواه أبو داود .

ولنا أن النبي (ص) قال : إذا شرب الحمر فاجلدوه ، والجلد إنما يفهم من إطلاقه الضرب بالسوط ، ولأنه أمر بجلده كما أمر الله تعالى بجلد الزاني فكان بالسوط مثله ، والخلفاء الراشدون ضربوا بالسياط وكذلك غيرهم ، فكان إجماعا . فأما حديث أبي هريرة فكان في بدء الأمر ، ثم جلد النبي (ص) واستقرت الأمور ، فقد صح أن النبي (ص) جلد أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وجلد علي الوليد بن عقبة أربعين .

وفي حديث : جلد قدامة حين شرب أن عمر قال اتوني بسوط ، فجاءه أسلم مولاه بسوط دقيق صغير ، فأخذه عمر فمسحه بيده ثم قال لا سلم : أنا أجديتك أنك ذكرت قرابته لأهلك ، اتنى بسوط غير هذا ، فأتاه به تاما ، فأمر عمر بقدامة لجلد .

إذا ثبت هذا فإن السوط يكون وسطا لا جديدا فيجرح ، ولا خلقا فيقتل الله لما روى أن رجلا اعترف عند رسول الله (ص) بالزنا ، فدعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوط ، فأتى بسوط مكسور ، فقال فوق هذا ، فأتى بسوط جديد لم تكسر ثمرته ، فقال بين هذين ، رواه مالك عن زيد بن أسلم مرسلا . وروى عن أبي هريرة مستندا .

وقد روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : ضرب بين ضربين وسوط بين سوطين . وهكذا الضرب يكون وسطا ، لا شديدا فيقتل ولا ضعيفا فلا يردع ولا يرفع باعه كل الرفع ولا يحطه فلا يؤلم . قال أحمد : لا يبدى أبطه في شيء من الحدود ، يعني لا يبالغ في رفع يده ، فإن المقصود أدبه لا قتله .

• مسألة ، قال (وتضرب المرأة جالسة وتمسك يداها لثلا تنكشف)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك ، وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف : تحذ قاعة كما تلاعن . ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : تضرب المرأة جالسة والرجل قائما ولأن المرأة عورة وجلوسها أستر لها ، ويفارق اللعان فإنه لا يؤدي الى كشف العورة وتشد عليها ثيابها لثلا ينكشف شيء من عورتها عند الضرب .

(فصل)

أشد الضرب في الحد ضرب الزاني ثم حد القذف ثم حد الشرب ثم التعزير . وقال مالك . كما واحد ، لأن الله تعالى أمر بجلد الزاني والقاذف أمراً واحداً . ومقصود جميعها واحد وهو الزجر ، فيجب تساويها في الصفة . وعن أبي حنيفة التعزير أشدهما ثم حد الزاني ثم حد الشرب ثم حد القذف

ولنا أن الله تعالى خص الزاني بمزيد تأكيد بقوله سبحانه (ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله) فاقضى ذلك مزيد تأكيد فيه ، ولا يمكن ذلك في العدد فتعين جملة في الصفة ، ولأن ما دونه أخف منه عدداً فلا يجوز أن يزيد عليه في إيلامه ووجعه لأنه يقضى إلى التسوية بينهما أو زيادة القليل على ألم الكثير .

• مسألة ، قال (ويجلد العبد والأمة أربعين بدون سوط الحر)

هذا على الرواية التي تقول : أن حد الحر في الشرب ثمانون فحد العبد والأمة نصفها أربعون ، وعلى الرواية الأخرى حدهما عشرون نصف حد الحر بدون سوط الحر لأنه لما خفف عنه في عدده خفف عنه في صفته كالتعزير مع الحد ؛ ويحتمل أن يكون سوطه كسوط الحر لأنه إنما يتحقق التنصيف إذا كان السوط مثل السوط ، أما إذا كان نصفاً في عدده وأخف منه في سوطه كان أقل من النصف والله سبحانه وتعالى قد أوجب النصف بقوله تعالى (فعليه نصف ما على المحسنات من العذاب)

(فصل) ولا تقام الحدود في المساجد ، وبهذا قال عكرمة والشمي وأبو حنيفة ومالك والشافعي وإسحاق ، وكان ابن أبي ليلى يرى إقامته في المسجد .

ولنا ما روى حكيم بن حزام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يستفاد

في المسجد وأن تنشد فيه الأشعار وأن تقام فيه الحدود ، وروى عن عمر ، أنه أتى برجل فقال أخرجاه من المسجد فاضرباه ، وعن علي ، أنه أتى بسارق فقال يا قنبر أخرج به من المسجد فاقطع يده ، ولأن المساجد لم تبين لهذا إنما بنيت للصلاة وقراءة القرآن وذكر الله تعالى ، ولا نأمن أن يحدث من الحدود حدث فينجسه ويؤذيه ، وقد أمر الله تعالى بتطهيره فقال (أن طهرا بيتي للطائفين والقائمين والركع السجود)

« مسألة ، قال (والعصير إذا أنت عليه ثلاثة أيام فقد حرم إلا أن يغلى قبل ذلك فيجزم)

أما إذا غلى العصير كغليان القدر وقذف بزبد فلا خلاف في تحريمه ، وإن أنت عليه ثلاثة أيام ولم يغلى ، فقال أصحابنا هو حرام ، وقال أحمد : اشربه ثلاثا ما لم يغلى ، فإذا أتى عليه أكثر من ثلاثة أيام فلا تشربه ، وأكثر أهل العلم يقولون هو مباح ما لم يغلى ويسكر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « اشربوا في كل وعاء ولا تشربوا مسكرا » رواه أبو داود ، ولأن علة تحريمه الشدة المطربة وإنما ذلك في المسكر خاصة .

ولنا ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عباس ، أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينبذ له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد إلى مساء الثالثة ثم يأمر به فيسقى الخدم أو يهراق ، وروى الشافعي بإسناده عن النبي (ص) أنه قال « اشربوا العصير ثلاثا ما لم يغلى » وقال ابن عمر اشربه ما لم يأخذه شيطانه ، قيل وفي كم يأخذ شيطانه ؟ قال في ثلاث ، ولأن الشدة تحصل في الثلاث غالبا وهي خفية تحتاج إلى ضابط فجاء جعل الثلاث ضابطا لها ، ويحتمل أن يكون شربه فيما زاد على الثلاثة إذا لم يغلى مكروها غير محرم ، فإن أحمد لم يصرح بتحريمه ؛ وقال في موضع آخر « وذاك لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يشربه بعد ثلاث وقال أبو الخطاب . عندي أن كلام أحمد في ذلك محمول على عصير الغالب أنه يتخمر في ثلاثة أيام .

« مسألة ، قال (وكذلك النبيذ)

يعنى أن النبيذ مباح ما لم يغل أو تآنى عليه ثلاثة أيام ، والنبيذ ما يلتقى فيه ثمر أو زبيب أو نحوهما ليحلوا به الماء وتذهب ملوحته فلا بأس به ما لم يغل أو تآنى عليه ثلاثة أيام لما روينا عن ابن عباس . وقال أبو هريرة : علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصوم فتحننت فطره بنبيذ صنعته في دباء ثم أتيت به فإذا هو ينش فقال : اضرب بهذا الحائط ، فإن هذا شراب من لا يؤمن بالله واليوم الآخر ، رواه أبو داود ، ولأنه إذا بلغ ذلك صار مسكراً وكل مسكر حرام .

(فصل) والخمر نجسة في قول عامة أهل العلم ، لأن الله تعالى حرمها لعبئها فكانت نجسة كالخنزير وكل مسكر فهو حرام نجس لما ذكرنا .

(فصل) وما طبخ من العصير والنبيذ قبل غليانه حتى صار غير مسكر كالذهب ورب الخرنوب وغيرهما من المريات والسكر فهو مباح لأن التحريم إنما ثبت في المسكر فبقا عداه يبقى على أصل الإباحة ، وما أسكر كثيره فقليله حرام سواء ذهب منه الثلثان أو أقل أو أكثر ، قال أبو داود سألت أحمد عن شرب الطلاء إذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه ؟ قال لا بأس به ، قيل لأحمد أنهم يقولون انه يسكر ، قال لا يسكر ولو كان يسكر ما أحله عمر .

(فصل)

ولا بأس بالفقاع ، وبه قال إسحاق وابن المنذر ولا أعلم فيه خلافاً لأنه لا يسكر وإذا ترك يفسد بخلاف الخمر ، والأشياء على الإباحة ما لم يرد بتحريمها حجة (فصل) ويجوز الانتباذ في الأوعية كلها ، وعن أحمد أنه كره الانتباذ في الدباء والحتم والنقير والمزفت ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الانتباذ فيها ، والدباء هو البقطين ، والحتم الجرار ، والنقير الخشب ، والمزفت الذي يطلى بالمزفت ، والصحيح الأول لما روى بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : نهيتكم عن ثلاث وأنا آمركم بهن ، نهيتكم عن الأشربة أن لا تشربوا إلا في ظروف آدم ، فاشربوا في كل وعاء ولا تشربوا مسكراً ، رواه مسلم ، وهذا دليل على نسخ النهى ولا حكم للنسوخ .

(فصل) ويكره الخليطان ، وهو أن ينبذ في الماء شيطان ، لأن النبي (ص) نهى عن الخليطين ، وقال أحمد : الخليطان حرام ، وقال في الرجل ينقع الزبيب

والتمر هندی والغناب ونحوه ينقعه غدوة ويشربه عشية للدواء : أكرهه لأنه ينبذ ولكن يطبخه ويشربه على المكان ، وقد روى أبو داود بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن ينبذ البسر والرطب جميعا ونهى أن ينبذ الزبيب والتمر جميعا ، وفي رواية ، وانتبذ كل واحد على حدة ، وعن أبي قتادة قال ، نهى النبي (ص) أن يجمع بين التمر والزهو والتمر والزبيب ولينبذ كل واحد منهما على حدة ، متفق عليه .

قال القاضي : يعنى أحمد بقوله هو حرام إذا اشتد وأسكر وإذا لم يسكر لم يحرم ، وهذا هو الصحيح . إن شاء الله تعالى ، وإنما نهى النبي (ص) لعله إسراعه إلى السكر المحرم ، فإذا لم يوجد لم يثبت التحريم ، كما أنه عليه السلام نهى عن الانتباز في الأوعية المذكورة لهذه العلة ثم أمرهم بالشرب فيها ما لم توجد حقيقة الاسكار فقد دل على صحة هذا ما روى عن عائشة قالت ، كنا ننبذ لرسول الله (ص) فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحها فيه ثم نصب عليها الماء فننبذه غدوة فيشربه عشية ، وننبذه عشية فيشربه غدوة ، رواه ابن ماجه وأبو داود ، فلما كانت مدة الانتباز قريبة وهي يوم وليلة لا يتوهم الاسكار فيها لم يكره ، فلو كان مكروها لما فعل هذا في بيت النبي (ص) له ، فعلى هذا لا يكره ما كان في المدة اليسيرة ويكره ما كان في مدة يحتمل إفضاؤه إلى الاسكار ، ولا يثبت التحريم ما لم يغل أو تمضي عليه ثلاثة أيام .

« مسألة ، قال (والخمرة إذا أفسدت فصيرت خلا لم تزل عن تحريمها ، وإن قلب الله عينها فصارت خلا فهي حلال)

روى هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وبه قال الزهرى ونحوه قول مالك . وقال الشافعى : إن ألقى فيها شيء يفسدها كالمالح فتخللت فهي على تحريمها وإن نقلت من شمس إلى ظل أو من ظل إلى شمس فتخللت ففي إباحتها قولان . وقال أبو حنيفة تطهر في الحالين لأن علة تحريمها زالت بتخليطها فطهرت كما لو تخللت بنفسها ، يحققه أن التطهير لا فرق فيه بين ما حصل بفعل الله تعالى وفعل الأدمى كتطهير الثوب والبدن والأرض ، ونحو هذا قول عطاء وعمر بن دينار والحارث

العكلى ، وذكره أبو الخطاب وجها في مذهبنا فقال : وإن خللت لم تطهر
وقبل تطهر .

ولنا ما روى أبو سعيد قال : كان عندنا خمر ليتيم فلما نزلت المائدة سألت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله إنه ليتيم ؟ قال : أهريقوه ،
رواه الترمذى ، وقال حديث حسن ، وعن أنس قال : سئل رسول الله صلى الله
عليه وسلم أتخذ الخمر خلا ؟ قال : لا ، قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح ؛
ورواه مسلم .

وعن أبي طلحة : أنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرأ ؟
فقال : أهرقها ، قال أفلا أخللها ؟ قال : لا ، رواه أبو داود وهذا نهى يقتضى
التحريم ولو كان إلى استصلاحها سبيل لم تجز إرافتها بل أرشدهم إليه سببا وهى
لأيتام يحرم التفريط فى أموالهم ، ولأنه إجماع الصحابة فروى أن عمر (رض)
صعد المنبر فقال : لا يحل خل خمر أفسدت حتى يكون الله تعالى هو تولى إفسادها
ولا بأس على مسلم ابتاع من أهل الكتاب خلا مالم يعتمد لانفسادها فعند ذلك يقع
النهى ، رواه أبو عبيد فى الأموال بنحو من هذا المعنى .

وهذا قول يشتهر لأنه خطب به الناس على المنبر فلم ينكر ، فأما إذا انقلبت
بنفسها فإنها تطهر وتحل فى قول جميعهم فقد روى عن جماعة من الأوائل أنهم
اصطبغوا بخل خمر منهم على وأبو الدرداء وابن عمر وعائشة ورخص فيه الحسن
وسعيد بن جبير وليس فى شيء من أخبارهم أنهم اتخذوه خلا ، ولا أنه انقلب
بنفسه لكن قد بينه عمر بقوله لا يحل خل خمر أفسدت حتى يكون الله هو يتولى
إفسادها ولأنها إذا انقلبت بنفسها فقد زالت علة تحريمها من غير علة خلفتها فطهرت
كالماء إذا زال تغيره بمكثه : وإذا ألقى فيها شيء تنجس بها ثم إذا انقلبت بقى ما ألقى
فيها نجسا فنجسها وحرما .

فأما ان نقلها من موضع الى آخر فتخللت من غير أن يلقى فيها شيئا فإن لم يكن
قصد تخليلها حلت بذلك لأنها تخللت بفعل الله تعالى فيها ، وإن قصد بذلك تخليلها
احتمل أن تطهر لأنه لا فرق بينهما إلا القصد فلا يقتضى تحريمها ، ويحتمل أن
لا تطهر لأنها خللت فلم تطهر كما لو ألقى فيها شيء .

مسألة ، قال (والشرب في آنية الذهب والفضة حرام)

هذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن معاوية بن قرة أنه قال : لا بأس بالشرب من قدح فضة ، وحكى عن الشافعي ، قول (أنه مكروه غير محرم لأن النهي لما فيه من التشبه بالاعاجم فلا يقتضي التحريم .

ولنا قول النبي (ص) الذي يشرب في آنية الفضة إنما يجر جر في بطنه نار جهنم ، وقال (لا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها فانها لهم في الدنيا ولهم في الآخرة ، أخرجهما البخاري ومقتضى نهي التحريم وقد توعد عليه بنار جهنم فان معنى قوله (يجر جر في بطنه نار جهنم ، أي هذا سبب لنار جهنم لقول الله تعالى (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا) فلم يبق في تحريمه اشكال .

وقد روى أن حذيفة استسقى فأثاه دهقان يأناء من فضة فرماه به فلو أصابه لكسر منه شيئا ثم قال : إنما رميته به لأنني نهيت عنه ، وذكر هذا الخبر وهذا يدل على أنه فهم التحريم من نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى استحل عقوبته لمخالفته إياه .

(فصل) ويحرم اتخاذ الآنية من الذهب والفضة واستعمالها لأن ما حرم استعماله ، حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال كالطنبور والمزمار ، ويستوى في ذلك الرجال والنساء لعموم الحديث ، ولأن علة تحريمها السرف والخيلاء وكسر قلوب الفقراء وهذا معنى يشمل الفريقين ، وإنما أبيع للنساء التحلي للحاجة إلى التزين للأزواج فتختص الإباحة به دون غيره .

فإن قيل : لو كانت العلة ما ذكرتم لحرمت آنية الباقوت ونحوه مما هو أرفع من الأثمان ، قلنا : تلك لا يعرفها الفقراء فلا تنكسر قلوبهم باتخاذ الأغنياء لها لعدم معرفتهم بها : ولأن قلتها في نفسها تمنع اتخاذها فيستغنى بذلك عن تحريمها بخلاف الأثمان .

مسألة ، قال (وإن كان قدح عليه ضبة فشرب من غدير موضع الضبة فلا بأس) .

وجملة ذلك أن الضبة من الفضة تباح بثلاثة شروط .

أحدها : أن تكون يسيرة .

الثاني : أن تكون من الفضة ، فأما الذهب فلا يباح وقليله وكثيره حرام ، وروى عن أبي بكر أنه رخص في يسير الذهب .

الثالث : أن يكون للحاجة أعنى أنه جعلها لمصلحة وانتفاع مثل أن تجعل على شق أو صدع وإن قام غيرها مقامها ، وقال القاضي ليس هذا بشرط ويجوز اليسير من غير حاجة إذا لم يباشر بالاستعمال ، وإنما كره أحمد الحلقة ونحوها لأنها تباشر بالاستعمال .

ومن رخص في ضبة الفضة سعيد بن جبير وميسرة وزاذان وطاوس والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وإسحاق وقال : قد وضع عمر بن عبد العزيز قاه بين ضبتين وكان ابن عمر لا يشرب من قدح فيه حلقة فضة ولا ضبة منها ، وكره الشرب في الإناء المفضض على بن الحسين وعطاء وسالم والمطلب بن عبد الله ابن حنطب ونهت عائشة أن يضرب الآنية أو يحلقها بالفضة ، ونحو ذلك قول الحسن وابن سيرين ولعل هؤلاء كرهوا ما قصد به الزينة أو كان كثيراً أو يستعمل فيكون قولهم وقول الأولين واحداً ولا يكون في المسألة خلاف .

فأما اليسير كتشعيب القدح ونحوه فلا بأس لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان له قدح فيه سلسلة من فضة شعب بها ، رواه البخاري بمعناه ولأن ذلك يسير من الفضة فأشبهه الخاتم ، وكره أحمد أن يباشر موضع الضبة بالاستعمال فلا يشرب من موضع الضبة لأنه يصير كالشارب من إناء فضة ، وكره الحلقة من فضة لأن القدح يرفع بها فيباشرها بالاستعمال وكذلك ما أشبهه

(فصل) ولا بأس بقيعة السيف من فضة لما روى أنس قال : كانت قيعة سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم فضة ، رواه الأثرم وأبو داود والترمذي ، وقال حديث حسن .

وقال هشام بن عروة كان سيف الزبير محلي بالفضة أنا رأيته ، ولا بأس بالخاتم من الفضة لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان له خاتم من فضة ثم لبسه أبو بكر ثم عمر ثم عثمان حتى سقط منه في شراريس وصح ذلك عنهم .

وقال سعيد البس الخاتم وأخبر أني أفتيتك بذلك فقد روى أبو ریحانة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كره عشر خلال وفيها الخاتم إلا لذى سلطان، قال أحمد إنما هذا يرويه أهل الشام وحدث أحمد بحديث أبي ریحانة فلما بلغ الخاتم تبسم كالمتعجب ثم قال أهل الشام، وإنما قال أحمد ذلك لأن الأحاديث قد صححت عن النبي صلى الله عليه وسلم واستفاضت بإباحته، وأجمع عليه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم من العلماء فإذا جاء حديث شاذ يخالف ذلك لم يخرج عليه، وإن صح ذلك حمل على التنزيه.

(فصل)

قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله الحلبي لحامل السيف : فسهل فيها ، وقال : قد روى سيف محلي ولأنه من حلية السيف فأنشبه القبيعة ؛ ولذلك يخرج في حلية الدرع والمغفر والخوذة والخف والران ولأنه في معناه : وقيل لأبي عبد الله حلقة المرأة فضة ورأس المكحلة فضة وما أشبه هذا . قال كل شيء يستعمل مثل حلقة المرأة فأننا أكرهه لأنه يستعمله فإن المرأة ترفع بحلقته ثم قال إنما هذا تأويل تأولته أنا (فصل) ولا يباح شيء من ذلك إذا كان ذهباً إلا أنه قد روى أنه تباح قبيعة السيف . قال أحمد قد روى أنه كان لعمر سيف فيه سبائك من ذهب : وروى الترمذي بإسناده عن مزينة العصري قال : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفتح وعلى سيفه ذهب وفضة ، وقال هذا حديث غريب ولا يباح الذهب في غير هذا إلا لضرورة كأنف الذهب وما ربط به أسنانه إذا تحركت ، وقال أبو بكر : يباح يسير الذهب قياساً له على الفضة لكونه أحد الثمين فأشبهه الآخر وقد ذكرنا هذا في غير هذا الموضع .

مسألة ، قال (ولا يبيع بالتعزير الحد)

التعزير : هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها كوطء الشريك الجارية المشتركة أو أمته المزوجة أو جارية ابنه أو وطء امرأته في دبرها أو حيضها أو وطء أجنبية دون الفرج أو سرقة مادون النصاب أو من غير حرز أو النهب أو الغصب أو الاختلاس أو الجنابة على إنسان بما لا يوجب حداً ولا قصاصاً ولا دية أو شتمه

بأنه ليس بقذف ونحو ذلك يسمى تعزيراً لأنه منع من الجنابة . والأصل في التعزير المنع ومنه التعزير بمعنى النصرة لأنه منع لعدوه من أذاه
واختلف عن أحمد في قدره فروى عنه أنه لا يزداد على عشر جلدات نص أحد
على هذا في مواضع وبه قال إسحاق لما روى أبو بردة قال: سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله
تعالى ، متفق عليه

والرواية الثانية : لا يبلغ به الحد وهو الذي ذكره الحرق فيحتمل أنه أراد
لا يبلغ به أدنى حد مشروع ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، فعلى هذا لا يبلغ
به أربعين سوطاً لأنها حد العبد في الخمر والقذف ، وهذا قول أبي حنيفة
وإن قلنا إن حد الخمر أربعون لم يبلغ به عشرين سوطاً في حق العبد وأربعين
في حد الحر وهذا مذهب الشافعي ، فلا يزداد العبد على تسعة عشر سوطاً ولا الحر
على تسعة وثلاثين سوطاً .

وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف أدنى الحدود ثمانون فلا يزداد في التعزير على
تسعة وسبعين ، ويحتمل كلام أحمد والخرق أنه لا يبلغ بكل جنابة حداً مشروعاً
في جنسها ويجوز أن يزيد على حد غير جنسها .

وروى عن أحمد ما يدل على هذا فعلى هذا ما كان سببه الوطء جاز أن يجلد
مائة إلا سوطاً لينقص عن حد الزنا وما كان سببه غير الوطء لم يبلغ به أدنى
الحدود لما روى عن النعمان بن بشير في الذي وطئ جارية امرأته باذنها يجلد مائة
وهذا تعزير لأنه في حق المحصن وحده إنما هو الرجم .

وعن سعيد بن المسيب عن عمر في أمة بين رجلين وطئها أحدهما يجلد الحد
إلا سوطاً واحداً رواه الأثرم واحتج به أحمد ، قال القاضي هذا عندي من نص أحمد
لا يقتضي اختلافاً في التعزير بل المذهب أنه لا يزداد على عشر جلدات اتباعاً للآثر
إلا في وطء جارية امرأته لحديث النعمان ، وفي الجارية المشتركة لحديث عمر وما
عداهما يبقى على العموم لحديث أبي بردة وهذا قول حسن وإذا ثبت تقدير أكثره
فليس أقله مقدراً لأنه لو قدر لكان حداً ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قدر
أكثره ولم يقدر أقله فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص

وقال مالك : يجوز أن يزاد التعزير على الحد إذا رأى الامام لما روى أن معن ابن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به صاحب بيت المال فأخذ منه مالا ، فبلغ عمر رضى الله عنه فضربه مائة وحبسه فيكلم فيه فضربه مائة أخرى فكلّم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه .

وروى أحمد بإسناده أن علياً أتى بالنجاشي قد شرب خمرأ في رمضان فجلده ثمانين الحد وعشرين سوطاً لفطره في رمضان . وروى أن أبا الأسود استخلفه ابن عباس على قضاء البصرة ، فأتى بسارق قد كان جمع المتاع في البيت ولم يخرج به ، فقال أبو الأسود أعجلتموه المسكين فضربه خمسة وعشرين سوطاً وخلي سبيله .

ولنا حديث أبي بردة . وروى الشاذلي بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين ، ولأن العقوبة على قدر الاجرام والمعصية ، والمماهى المنصوص على حدودها أعظم من غيرها فلا يجوز أن يبلغ في أهون الأمرين عقوبة أعظمها ، وما قالوه يؤدي الى أن من قبل امرأة حراماً يضرب أكثر من حد الزنا ، وهذا غير جائز لأن الزنا مع عظمه وخشاه لا يجوز أن يزاد على حده فما دونه أولى .

فأما حديث معن فيحتمل أنه كانت له ذنوب كثيرة فأدب على جميعها أو تكرر منه الأخذ أو كان ذنبه مشتملاً على جنایات أحدها تزويره والثاني أخذه لمال بيت المال بغير حقه والثالث فتحه باب هذه الحيلة لغيره وغير هذا .

وأما حديث النجاشي فإن علياً ضربه الحد لشره ثم عزره عشرين لفطره فلم يبلغ بتعزيره حداً ؛ وقد ذهب أحمد الى هذا

وروى أن من شرب الخمر في رمضان يحد ثم يعزر لجنايته من وجهين ، والذي يدل على صحة ما ذكرناه ما روى أن عمر رضى الله عنه كتب الى ابي موسى أن لا يبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطاً .

(فصل) والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ؟ ولا يجوز قطع شيء منه ولا جرحه ولا أخذ ماله لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به ولأن الواجب أدب والتأديب لا يكون بالاتلاف

(فصل)

والتعزير فيما شرع فيه التعزير واجب اذا رآه الإمام، وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي ليس بواجب، لأن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إني لقيت امرأة فأصبت منها مادون ان أطاها ، فقال أصليت معنا؟ قال نعم فتلا عليه (ان الحسنات يذهبن السيئات) وقال في الانصار : اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئتهم . وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في حكم حكم به للزير أن كان ابن عمك ، فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعزره على مقالته ، وقال له رجل : ان هذه لقسمة ما أريد بها وجه الله فلم يعزره

ولما أن ما كان من التعزير منصوصا عليه كوطء جارية امرأته أو جارية مشتركة فيجب امثال الأمر فيه وما لم يكن منصوصا عليه اذا رأى الإمام المصلحة فيه أو علم انه لا ينزجر إلا به وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله فوجب كالححد .

(فصل) وإذا مات من التعزير لم يجب ضمانه ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعي يضمنه لقول علي : ليس أحد أقيم عليه الحد فيموت فأجد في نفسي شيئا ان الحق قتله الا حد الخمر فإن رسول الله (ص) لم يسنه لنا ، وأشار على عمر بضمان التي أجهضت جنينها حين أرسل اليها .

ولنا انها عقوبة مشروعة للردع والزجر فلم يضمن من تلف بها كالححد ، وأما قول علي في دية من قتله حد الخمر فقد خالفه غيره من الصحابة فلم يوجبوا شيئا به ولم يعمل به الشافعي ولا غيره من الفقهاء فكيف يحتاج به مع ترك الجميع له ؟ وأما قوله في الجنين فلا حجة لهم فيه ، فإن الجنين الذي تلف لا جناية منه ولا تعزير عليه فكيف يسقط ضمانه ؟ ولو ان الإمام حدد حاملا فأتلف جنينها ضمنه مع أن الحد متفق عليه بيننا على انه لا يجب ضمان المحدود اذا تلف به .

(فصل) وليس على الزوج ضمان الزوجة اذا تلفت من التأديب المشروع في النشوز ولا على المعلم اذا أديب صبيه الأدب المشروع وبه قال مالك ، وقال الشافعي وأبو حنيفة يضمن ، ووجه المذهبين ما تقدم في التي قبلها . قال الحلال : اذا ضرب المعلم ثلاثا كما قال التابعون وفقهاء الامصار وكان ذلك ثلاثا فليس بضامن ، وان

ضربه ضرباً شديداً مثله لا يكون أدباً للصبي ضمن ، لأنه قد تعدى في الضرب .
قال القاضي وكذلك يحىء على قياس قول أصحابنا إذا ضرب الأب أو الجد الصبي
تأديباً فهلك أو الحاكم أو أمينه أو الوصى عليه تأديباً فلا ضمان عليهم كالمعلم .
(فصل) وإن قطع طرفاً من إنسان فيه أكلة أو سلعة بإذنه وهو كبير عاقل
فلا ضمان عليه ، وإن قطعه مكرهاً فالقطع وسرايته مضمون بالقصاص ، سواء كان
القاطع إماماً أو غيره ، لأن هذه جراحة تؤدي إلى التلف والآكلة إن كان بقاؤها
مخوفاً فقطعها مخوف ، وإن كان من قطعت منه صيباً أو مجنوناً وقطعها أجنبي فعليه
القصاص لأنه لا ولاية له عليه ، وإن قطعها وليه وهو الأب أو وصيه أو الحاكم
أو أمينه المتولى عليه فلا ضمان عليه لأنه قصد مصلحته وله النظر في مصلحته فكان
فعله مأموراً به فلم يضمن ما تلف به كما لو ختته فمات ، والسلعة غداة بين اللحم
والجلد تظهر في البدن كالجوزة وتكون في الرأس والبدن وهي بكسر السين ،
والساعة بفتح السين الشجة .

(فصل) وإذا ختن الولي الصبي في وقت معتدل في الحر والبرد لم يلزمه ضمان
إن تلف به لأنه فعل مأمور به في الشرع فلم يضمن ما تلف به كالقطع في السرقة
وإن كان رجلاً أو امرأة لم يختننا فأمر السلطان بهما فختنا ، فإن كان ممن زعم
الاطباء أنه يتلف بالختن أو الغالب تلفه به فعليه الضمان لأنه ليس له ذلك فيها
وإن كان الأغلب السلامة فلا ضمان عليه إذا كان في زمن معتدل ليس بمفرط
الحر والبرد وهذا قال الشافعي . وزعم أبو حنيفة ومالك أنه ليس بواجب لأنه
روى عن النبي (ص) أنه قال : الختان سنة في الرجال ومكرمة في النساء ،
ولنا أنه قطع عضو صحيح من البدن يتألم بقطعه فلم يقطع إلا واجباً كاليد
والرجل ، ولأنه يجوز كشف العورة من أجله ولو لم يكن واجباً ما جاز ارتكاب
المحرم من أجله .

فأما الخبر فقد قيل هو ضعيف — وعلى أن الواجب يسمى سنة ، فإن السنة
ما رسم ليحتذى ولا يجب إلا بعد البلوغ ، فإن لم يفعله وإلا أجبره الحاكم عليه .

(فصل : اذا أمر السلطان انسانا بالصعود في سور أو نزول في بئر أو نحوه فعطب به فقال القاضي وأصحاب الشافعي : على السلطان ضمانه لأن عليه طاعة امامه فإذا أفضت طاعته الى الهلاك فكانه ألجأه اليه ، ولو كان الأمر غير الامام لم يضمن لأن طاعته غير لازمة فلم يلجئه اليه ، وإن أمره السلطان بالمضي في حاجة فعثر فهلك لم يضمنه لأن المشي ليس بسبب للهلاك في الأعم الأغلب بخلاف ما ذكرناه أولاً ، فعلى هذا إن كان أمره الموجب للضمان لمصلحة المسلمين فالضمان في بيت المال ، وإن كان لمصلحه نفسه فالضمان عليه أو على عاقلته إن كان مما تحمله عاقلته ، وإن أقام الامام الحد في شدة حر أو برد أو ألزم انسانا الختان في ذلك فهل يضمن ما تلف ؟ يحتمل وجهين .

« مسأله ، قال (وإذا حمل عليه جمل صائل فلم يقدر على الامتناع منه الا بضربه فضربه فقتله فلا ضمان عليه)

وجملته أن الانسان اذا صالت عليه بهيمة فلم يمكنه دفعها الا بقتلها جاز له قتلها اجماعاً وليس عليه ضمانها اذا كانت لغيره ، وبهذا قال مالك والشافعي واسحاق وقال أبو حنيفة وأصحابه عليه ضمانها لأنه أتلف مال غيره لإحياء نفسه فكان عليه ضمانه كالمضطر الى طعام غيره اذا أكله ، وكذلك قالوا في غير المكاف من آدميين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه لأنه لا يملك اباحة نفسه ولذلك لو ارتد لم يقتل .

ولنا انه قتله بالدفع الجائر فلم يضمنه كالعبد ولأنه حيوان جاز اتلافه فلم يضمنه كالآدمي المكاف ، ولأنه قتله لدفع شره فأشبهه العبد ، وذلك لأنه اذا قتله لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه ، فأشبه ما لو نصب حربة في طريقه فقذف نفسه عليها فمات بها ، وفارق المضطر فإن الطعام لم يلجئه الى اتلافه ولم يصدر منه ما يزيل عصمته ، ولهذا لو قتل المحرم صيدا أصياله لم يضمنه ، ولو قتله لاضطراره اليه ضمنه .

ولو قتل المكلف أصياله لم يضمنه ولو قتله لياأكله في الخفية وجب القصاص وغير المكلف كالمكلف في هذا

وقولهم لا يملك إباحة نفسه ، قلنا والمكاف لا يملك إباحة دمه ولو قال أبحث دمي لم يبيع على أنه إذا صال فقد أبيع دمه بفعله فيجب أن يسقط ضمانه كالمكاف

« مسألة ، قال (وإذا دخل منزله بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل ما يخرج به ، فإن علم أنه يخرج بضرب عصا لم يجز أن يضربه بحديدة فإن آل الضرب إلى نفسه فلا شيء عليه وإن قتل صاحب الدار كان شهيداً)

وجملته : أن الرجل إذا دخل منزل غيره بغير إذنه فإصاحب الدار أمره بالخروج من منزله سواء كان معه سلاح أو لم يكن لأنه متعدد بدخول ملك غيره فكان إصاحب الدار مطالبته بترك التعدي كما لو غصب منه شيئاً ، فإن خرج بالامر لم يكن له ضربه لأن المقصود إخراجه .

وقد روى عن ابن عمر أنه رأى إصاً فأصابت عليه السيف قال فلو تركناه لقتله وجاء رجل إلى الحسن فقال اص دخل بيتي ومعه حديدة أقتله ؟ قال : نعم بآى قتله قدرت أن تقتله .

وأما أنه أمكن إزالة العدوان بغير القتل فلم يجز القتل كما لو غصب منه شيئاً فأمكن أخذه بغير القتل ، وفعل ابن عمر يحمل على قصد الترهيب لا على قصد إيقاع الفعل ، فإن لم يخرج بالامر فله ضربه بأسهل ما يعلم أنه يدفع به لأن المقصود دفعه فإذا اندفع بقليل فلا حاجة إلى أكثر منه فإن علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا ، وإن ذهب مولى لم يكن له قتله ولا اتباعه كأهل البغى ، وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثنى عليه لأنه كفى شره ، وإن ضربه فقطع يمينه فولى مديراً فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية لأنه في حال لا يجوز له ضربه وقطع اليد غير مضمون .

فإن مات من سراية القطع فعليه نصف الدية كما لو مات من جراحة اثنين ، وإن عاد إليه بعد قطع رجله فقطع يده الأخرى فاليدان غير مضمومتين ، وإن مات فعليه ثلث الدية كما لو مات من جراحة ثلاثة أنفس فقياس المذهب أن يضمن نصف الدية لأن الجرحين قطع رجل واحد فكان حكمهما واحداً كما لو جرح رجل

رجلا مائة جرح وجرحه آخر جرحا واحدا ومات كانت دية بينهما نصفين ولا تقسم الدية على عدد الجراحات كذا هنا .

فأما ان لم يمكنه دفعه الا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل ان لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما أتلف منه فهو هدر لأنه تلف لدفع شره فلم يضمنه كالباغى ولأنه اضطر صاحب الدار الى قتله فصار كالقاتل لنفسه ، وان قتل صاحب الدار فهو شهيد لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي (ص) أنه قال : من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد ، رواه الحلال بإسناده ولأنه قتل لدفع ظالم فكان شهيدا كالعادل اذا قتل الباغى .

(فصل) وكل من عرض لإنسان يريد ماله أو نفسه لحكمه ما ذكرنا فيمن دخل منزله في دفعهم بأسهل ما يمكن دفعهم به فإن كان بينه وبينهم نهر كبير أو خندق أو حصن لا يقدر على اقتحامه فليس له رميهم ؛ وان لم يمكن الا بقتالهم فله قتالهم وقتلهم .

قال أحمد في اللصوص يريدون نفسك ومالك قاتلهم تمنع نفسك ومالك ، وقال عطاء في المحرم يلقي اللصوص قال يقاتلهم أشد القتال ، وقال ابن سيرين ما أعلم أحدا ترك قتال الحرورية واللصوص تأثما الا أن يجب ، وقال الصلت بن طريف قلت للحسن اني أخرج في هذه الوجوه أخوف شيء عندي يا أباي المصلون يعرضون لي في مالي فإن كففت يدي ذهبوا بمالي ، وان قاتلت المصلي ففيه ما قد علمت ؟ قال أي بني من عرض لك في مالك فان قتلتك قاتل النار ، وان قتلك شهيد ونحو ذلك عن أنس والشعبي والنخعي .

وقال أحمد في امرأة أرادها رجل على نفسها فقتلته لتحصن نفسها فقال اذا علمت أنه لا يريد الا نفسها فقتلته لتدفع عن نفسها فلا شيء عليها وذكر حديثا يرويه الزهري عن القاسم بن محمد عن عبيد بن عمير أن رجلا أضاف ناسا من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته فقال عمر والله لا يودي أبدا ، ولأنه اذا جاز الدفع عن ماله الذي يجوز بذله وإباحته فدفع المرأة عن نفسها وصباتها عن الفاحشة التي لا تباح بحال أولى .

إذا ثبت هذا : فإنه يجب عليها أن تدفع عن نفسها ان أمكنها ذلك لأن التمكن منها محرم وفي ترك الدفع نوع تمكين ، فأما من أرادت نفسه أو ماله فلا يجب عليه الدفع لقول النبي (ص) في الفتنة : اجلس في بيتك فان خفت أن يهرك شعاع السيف فقط وجهك ، وفي لفظ : فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل ، ولأن عثمان ترك القتال مع أمكانه مع ارادتهم نفسه .

فإن قيل : فقد قلنا في المضطر إذا وجد ما يدفع به الضرورة لزمه إلا كل منه في أحد الوجهين فلم لم تقولوا ذلك ههنا ؟ قلنا لأن كل يحى به نفسه من غير تفويت نفس غيره وههنا في أحياء نفسه فوات نفس غيره فلم يجب عليه ، فأما ان أمكنه الحرب فهل يلزمه ؟ فيه وجهان .

أحدهما . يلزمه لأنه أمكنه الدفع عن نفسه من غير ضرر يلحق غيره فليزمه كالأكل في الخمصة .

والثاني : لا يلزمه لأنه دفع عن نفسه فلم يلزمه كالدفع بالقتال .
(فصل) وإذا صال على إنسان صائل يريد ماله أو نفسه ظلماً أو يريد امرأة ليزنى بها فلغير المصول عليه معوته في الدفع ، ولو عرض للصوص لقافلة جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم لأن النبي (ص) قال : انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً ، وفي حديث : أن المؤمنين يتعاونون على الفتن ، ولأنه لو لا التعاون لذهبت أموال الناس وأنفسهم لأن قطاع الطريق إذا انفردوا بأخذ مال إنسان لم يعنه غيره فانهم يأخذون أموال الكل واحداً واحداً وكذلك غيرهم .

فصل

وإذا وجد رجلاً يزنى بإمرأته فقتله فلا قصاص عليه ولا دية لما روى : أن عمر رضي الله عنه بينما هو يتغذى يوماً إذ أقبل رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم فجاء حتى قعد مع عمر فجعل يأكل وأقبل جماعة من الناس فقالوا يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته فقال عمر ما يقول هؤلاء ؟ قال ضرب الآخر فخذى امرأته بالسيف فإن كان بينهما أحد فقد قتله فقال لهم عمر ما يقول ، قالوا ضرب بسيفه فقطع فخذى امرأته فأصاب وسط الرجل فقطعه باثنين فقال عمر إن عادوا فعد ، رواه هشيم عن مغيرة عن إبراهيم أخرجه سعيد

واذا كانت المرأة مطاوعة فلا ضمان عليه فيها وان كانت مكرهة فعليه القصاص
 واذا قتل رجلا وادعى أنه وجدته مع امرأته فانكر وليه فالقول قول الولي
 لما روى عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن رجل دخل بيته فاذا مع امرأته رجل
 فقتلها وقتله . قال علي ان جاء بأربعة شهداء والا فليعط برمته ولان الاصل عدم
 ما يدعيه فلا يسقط حكم القتل بمجرد الدعوى .

واختلفت الرواية في البيينة فروى أنها أربعة شهداء لخبر علي ولما روى أبو هريرة
 أن سعداً قال يا رسول الله أرأيت ان وجدت مع امرأتى رجلاً أمهله حتى آتى
 بأربعة شهداء ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : نعم ، وروى أنه يكفي شاهدان لان
 البيينة تشهد على وجوده على المرأة وهذا يثبت بشاهدين وانما الذي يحتاج الى الأربعة
 الزنا وهذا لا يحتاج الى اثبات الزنا ، فان قيل : لحديث عمر في الذي وجد مع امرأته
 رجلاً ليس فيه بينة ، وكذلك روى أن رجلاً من المسلمين خرج غازياً وأوصى
 بأهله رجلاً فبلغ الرجل أن يهودياً يختلف الى امرأته فكمن له حتى جاء فجعل ينشد

وأشعث غره الاسلام منى خلوت بعمره ليل التمام
 آيت على ترايبها ويضحى على جرداء لاحقة الحزام
 كان مواضع الرتلات منها فقام ينهضون الى فقام

فقام اليه فقتله فرفع ذلك الى عمر فاهدر دمه ولم يطالب : فالجواب أن ذلك
 ثبت عنده باقرار الولي ، وان لم تكن بينة فادعى علم الولي بذلك فالقول قول
 الولي مع يمينه .

(فصل) ولو قتل رجل رجلاً وادعى أنه قد هجم منزلي فلم يمكنني دفعه
 الا بالقتل لم يقبل قوله الا بيينة وعليه القود سواء كان المقتول يعرف بسرقة
 أو عيارة أو لا يعرف بذلك ، فإن شهدت البيينة أنهم رأوا هذا مقبلاً الى هذا
 بالسلاح المشهور فضربه هذا فقد هدر دمه وان شهدوا أنهم رأوه داخلاً داره
 ولم يذكروا سلاحاً أو ذكروا سلاحاً غير مشهور لم يسقط القود بذلك لانه قد
 يدخل الحاجة ومجرد الدخول المشهود به لا يوجب اهدار دمه ، وان تجارح رجلان
 وادعى كل واحد منهما أنى جرحته دفعا عن نفسى حلفه كل واحد منهما على إبطال

دعوى صاحبه وعليه ضمان ما جرحه لأن كل واحد منهما مدع على الآخر ما ينكره
والأصل عدمه .

(فصل) ولو عض رجل يده آخر فله جذبها من فيه فإن جذبها فوقعت ثنانيا
العاض فلا ضمان فيها، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وروى سعيد عن هشيم عن
محمد بن عبد الله أن رجلا عض رجلا فانتزع يده من فيه فسقط بعض أسنان العاض
فاختصما إلى شريح فقال شريح انزع يدك من في السبع وأبطل أسنانه ، وحكى
عن مالك وابن أبي ليلى عليه الضمان لقول النبي صلى الله عليه وسلم : في السن
خمس من الأبل ، .

ولنا ما روى يعلى بن أمية قال كان لي أجير فقاتل إنسانا فعض أحدهما يده
الآخر قال فانتزع المعضوض يده من في العاض فانتزع إحدى ثنيتيه فأتى النبي صلى
الله عليه وسلم فأهدر ثنيتيه فحسبت أنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : أفيدع
يده في فيك تقضمها قضم الفحل ؟ ، متفق عليه ، ولأنه عضو تلف ضرورة دفع
شر صاحبه فلم يضمن كما لو صال عليه فلم يمكنه دفعه إلا بقطع عضوه ، وحديثهم
يدل على دية السن إذا قلع ظلما وهذه لم تقلع ظلما وبسواء كان المعضوض ظلما
أو مظلوما لأن العض محرم ، إلا أن يكون العض مباحا مثل أن يمسكه في موضع
يتضرر بامساكه أو يعض يده ، ونحو ذلك مما لا يقدر على التخلص من ضرره إلا
بعضه فيعضه فما سقط من أسنانه ضمنه لأنه عاد والعض مباح ولذلك لو عض
أحدهما يد الآخر ولم يمكن المعضوض التخلص يده إلا بعضه فله عضه ويضمن الظالم
منها ما تلف من المظلوم وما تلف من الظالم هدر .
وكذلك الحكم فيما إذا عضه في غير يده أو عمل به عملا غير العض أفضى إلى
تلف شيء من الفاعل لم يضمنه .

وقد روى محمد بن عبد الله أن غلاما أخذ قعما من أقماع الزياتين فأدخله بين
نخذي رجل ونفخ فيه فذعر الرجل من ذلك وخطب برجله فوقع على الغلام فكسر
بعض أسنانه فاخصموا إلى شريح فقال شريح لا أعقل الكلب الهرا .
قال القاضي يخلص المعضوض يده بأسهل ما يمكن فإن أمكنه فك لمحييه يده
الآخرى فعل وإن لم يمكنه لكفه في فك فإن لم يمكنه جذب يده من فيه فإن لم

يخلص فله أن يعصر خصيتيه فإن لم يمكنه فله أن يبيع بطنه وإن أتى على نفسه .
والصحيح أن هذا الترتيب غير معتبر وله أن يجذب يده من فيه أولاً ، لأن
النبي صلى الله عليه وسلم لم يستفصل ، ولأنه لا يلزمه ترك يده في فم العاقر حتى
يتحبل بهذه الأشياء المذكورة ، ولأن جذب يده مجرد تخليص ليدته وما حصل من
سقوط الأسنان حصل ضرورة التخليص الجائز ولكم فكه جناية غير التخليص ،
وربما تضمنت التخليص وربما أتلفت الأسنان التي لم يحصل العض بها ، وكانت
البداية بجذب يده أولى ؛ وينبغي أنه متى أمكنه جذب يده فعدل إلى لكم فكه
فاتفق سنا ضمنه لإمكان التخلص بما هو أولى منه .

(فصل)

ومن اطلع في بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فرماه صاحب البيت
بمحصة أو طعنه بعود فقلع عينه لم يضمها ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة
بضمها لأنه لو دخل منزله ونظر فيه أو نال من امرأته ما دون الفرج لم يجوز قلع
عينه فجرد النظر أولى .

ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لو أن امرأ
اطلع عليك بغير إذن لحذفته بمحصة ففقت عينه لم يكن عليك جناح » وعن سهل
ابن سعد أن رجلاً اطلع في جحر من باب النبي صلى الله عليه وسلم ورسول الله
صلى الله عليه وسلم يحك رأسه بمدرى في يده ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
« لو علمت أنك تنظرني لطمت أو لطمعت بها في عينك » متفق عليهما ، ويفارق
ما قاسوا عليه لأن من دخل المنزل يعلم به فيستتر منه بخلاف الناظر من ثقب فإنه
يرى من غير علم به ، ثم الخبر أولى من القياس ، وظاهر كلام أحمد أنه لا يعتبر في
هذا أنه لا يمكن دفعه إلا بذلك لظاهر الخبر . وقال ابن حامد : يدفعه بأسهل
ما يمكن دفعه به فيقول له أولاً انصرف ، فإن لم يفعل أشار إليه يوحى أنه يحذفه ،
فإن لم ينصرف فله حذفه حينئذ واتباع السنة أولى

(فصل) فأما أن ترك الاطلاع ومضى لم يجوز رميه ، لأن النبي (ص) لم يطعن
الذي اطلع ثم انصرف ، ولأنه ترك الجناية فأشبهه من عض ثم ترك العض لم يجوز
قلع أسنانه ، وسواء كان المطلع منه صغيراً كشق أو شق أو واسعاً كشق

كبير . وذكر بعض أصحابنا أن الباب المفتوح كذلك ، والاولى انه لا يجوز حذف من نظر من باب مفتوح لأن التفريط من ترك الباب مفتوحا ، والظاهر أن من ترك بابه مفتوحا أنه يستتر لعله أن الناس ينظرون منه ويعلم بالناظر فيه والواقف عليه فلم يجوز رميه كداخلي الدار ، وإن اطلع فرماه صاحب الدار فقال المطلع ما تعدت الاطلاع لم يضمنه على ظاهر كلام أحمد ، لأن الاطلاع قد وجد والرامي لا يعلم ما في قلبه ، وعلى قول ابن حامد يضمنه لأنه لم يدفعه بما هو أسهل ، وكذلك لو قال لم أر شيئا حين اطلعت ، وإن كان المطلع أعمى لم يجوز رميه لأنه لا يرى شيئا ، ولو كان انسان عريانا في طريق لم يكن له رمى من نظر اليه لأنه المفرط ، وإن كان المطلع في الدار من محارم النساء اللاتي فيها فقال بعض أصحابنا ليس لصاحب الدار رميه إلا أن يكن متجردات فيصرن كالاجانب ، وظاهر الخبر أن لصاحب الدار رميه سواء كان فيها نساء أو لم يكن لأنه لم يذكر أنه كان في الدار التي اطلع فيها على النبي (ص) نساء . وقوله ولو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن لحذفته ، عام في الدار التي فيها نساء وغيرها .

فصل

وليس لصاحب الدار رمى الناظر بما يقتله ابتداء ، فإن رماه بحجر يقتله أو حديدة ثقيلة ضمنه بالقصاص ، لأنه إذا له ما يقطع به العين المبصرة التي حصل الاذى منها دون ما يتعدى الى غيرها ، فإن لم يدفع المطلع برميته بالشئ اليسير جاز رميه بأكثر منه حتى ياتي ذلك على نفسه ، وسواء كان الناظر في الطريق أو ملك نفسه أو غير ذلك .

مسألة ، قال (وما أفسدت البهائم بالليل من الزرع فهو مضمون على أهلها وما أفسدت من ذلك نهارا لم يضمنوه)

يعني إذا لم تسكن يد أحد عليها ، فإن كان صاحبها معها أو غيره فعلى من يده عليها ضمان ما تلفته من نفس أو مال ونذكر ذلك في المسألة التي تلي هذه ، وإن لم تسكن يد أحد عليها فعلى مالكها ضمان ما أفسدته من الزرع إبلا دون النهار .

وهذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز ، فقال الليث يضمن مالهما ما أفسدته ليلاً ونهاراً بأقل الأمرين من قيمتها أو قدر ما أتلفته كالديد إذا جنى وقال ابو حنيفة لا ضمان عليه بحال لقول النبي صلى الله عليه وسلم والعجاء جزحها جبار ، يعني هدرها ، ولأنها أفسدت وليست يده عليها فلم يلزمه الضمان كما لو كان نهاراً أو كما لو أتلفت غير الزرع .

ولنا ما روى مالك عن الزهري عن حزام بن سعد بن حيصة أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت ، فقضى رسول الله (ص) : أن على أهل الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم .

قال ابن عبد البر : إن كان هذا مرسل فهو مشهور حدث به الأئمة الثقات وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول ، ولأن العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعى وحفظها ليلاً وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل ، فإذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ ، وإن أتلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم . وقد فرق النبي (ص) بينهما وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته . وأما غير الزرع فلا يضمن لأن البهيمة لا تتلف ذلك عادة فلا يحتاج إلى حفظها بخلاف الزرع

(فصل) قال بعض أصحابنا إنما يضمن مالهما ما أتلفته ليلاً إذا كان التفريط منه بإرسالها ليلاً أو إرسالها نهاراً ولم يضمها ليلاً أو ضمها بحيث يمكنها الخروج ، أما إذا ضمها إفاخرجها غيره بغير إذنه أو فتح عليها بابها فالضمان على مخرجها أو فاتح بابها لأنه المتلف .

قال القاضي : هذه المسألة عندي محمولة على موضع فيه مزارع ومراعى . أما القرى العامرة التي لا مرعى فيها إلا بين قراحين ، كساقية وطريق وطرف زرع فليس أصحابها إرسالها بغير حافظ عن الزرع ، فإن فعله فعليه الضمان لتفريطه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

(فصل) وإن أتلفت البهيمة غير الزرع لم يضمن مالهما ما أتلفته ليلاً كان أو نهاراً ما لم تكن يده عليها . وحكى عن شريح أنه قضى في شاة وقعت في غزل

حائك ليلا بالضمنان على صاحبها ، وقرأ شريح (إذ نفشت فيه غنم القوم) قال والنفس لا يكون الا بالليل ، وعن الثوري يضمن وان كان نهاراً لانه مفروط بإرسالها ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : العجماء جرحها جبار ، متفق عليه ، أى هدر . وأما الآية فإن النفس هو الرعى بالليل ، فكان هذا في الحرث الذى تفسده البهائم طبعاً بالرعى وتدعوها نفسها إلى أكله : بخلاف غيره فلا يصح قياس غيره عليه .

(فصل) ومتى اقتنى كلباً عقوراً فأطلقه فعقر انساناً أو دابة ليلاً أو نهاراً أو خرق ثوب انسان فعلى صاحبه ضمان ما أتلفه لانه مفروط باقتنائه الا أن يدخل انسان داره بغيره اذنة فلا ضمان فيه لانه متعدد بالدخول متسبب بعدوانه الى عقر الكلب له وان دخل بإذن المالك فعليه ضمانه لانه تسبب الى اتلافه ، وان أتلف الكلب بغير العقر مثل ان ولغ في اناه انسان أو بال لم يضمنه مقتنيه ، لأن هذا لا يختص به الكلب العقور . قال القاضى : وان اقتنى سنوراً يأكل أفراخ الناس ضمن ما أتلفه كما يضمن ما أتلفه الكلب العقور ، ولا فرق بين الليل والنهار ، وان لم يكن له عادة بذلك لم يضمن صاحبه جنايته كالكلب اذا لم يكن عقوراً ولو أن الكلب العقور أو السنور حصل عند انسان من غير اقتنائه ولا اختياره فأفسد لم يضمنه لانه لم يحصل الاتلاف بسببه

(فصل) وان اقتنى حماماً أو غيره من الطير فأرسله نهاراً فلقط حياً لم يضمنه لانه كالبهيمة والعادة ارساله .

و مسأله ، قال (وما جنت الدابة بيدها ضمن راكبها ما أصابت من نفس أو جرح أو مال وكذلك ان قاده أو ساقها)

وهذا قول شريح وابى حنيفة والشافعى ، وقال مالك : لا ضمان عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم : العجماء جرحها جبار ، ولانه جناية بهيمة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليهما .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : الرجل جبار ، رواه سعيد بإسناده عن هزيل بن شرحبيل عن النبي صلى الله عليه وسلم

وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وتخصيص الرجل بكونه جباراً دليل على وجوب الضمان في جنابة غيرها ولأنه يمكنه حفظها عن الجنابة إذا كان راكبها أو يده عليها بخلاف من لا يده عليها وحديثه محمول على من لا يده عليها .

« مسألة ، قال (وما جنت برجلها فلا ضمان عليه)

وبهذا قال أبو حنيفة ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يضمنها ، وهو قول شريح والشافعي لأنه من جنابة بهيمة يده عليها فيضمنها كجنابة يده .
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الرجل جبار ، ولأنه لا يمكنه حفظ رجلها عن الجنابة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها ، فأما إن كانت جنابتها بفعله مثل أن كبجها بلجامها أو ضربها في وجهها ؛ ونحو ذلك ضمن جنابة رجلها لأنه السبب في جنابتها فكان ضمانها عليه ، ولو كان السبب في جنابتها غيره مثل أن نخسها أو نفرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها لأن ذلك هو السبب في جنابتها .

(فصل) فإن كان على الدابة راكبان فالضمان على الأول منهما لأنه المتصرف فيها القادر على كفها إلا أن يكون الأول منهما صغيراً أو مريضاً أو نحوهما ويكون الثاني المتولى لتدبيرها فيكون الضمان عليه ، وإن كان مع الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما لأن كل واحد لو انفرد ضمن فإذا اجتمعا ضمنا ، وإن كان معهما أو مع أحدهما راكب فقيه وجهان .
أحدهما : الضمان عليهما جميعاً لذلك .

والثاني : على الراكب لأنه أقوى يداً وتصرفاً ، ويحتمل أن يكون على القائد لأنه لا حكم للراكب مع القائد .

(فصل) والجمل المقطور على الجمل الذي عليه راكب يضمن جنابته لأنه في حكم القائد ، فأما الجمل المقطور على الجمل الثاني فينبغي أن لا تضمن جنابته إلا أن يكون له سائق لأن الراكب الأول لا يمكنه حفظه عن الجنابة ولو كان مع الدابة ولدها لم تضمن جنابته لأنه لا يمكنه حفظه .

(فصل) وان وقفت الدابة في طريق ضيق ضمن ما جنت بيد أو رجل أو فم لانه متعدد بوقفها فيه وان كان الطريق واسعاً ففيه روايتان :

إحداهما : يضمن وهو مذهب الشافعي لان انتفاعه بالطريق مشروط باللامة وكذلك لو ترك في الطريق طينا فزلق به إنسان ضمنه .

والثانية : لا يضمن لانه غير متعدد بوقفها في الطريق الواسع فلم يضمن كما لو وقفها في موات وفارق الطين لانه متعدد بتركه في الطريق .

« مسألة ، قال (واذا اصطدم الفارسان فماتت الدابتان ضمن كل واحد منهما قيمة دابة الاخر)

وجملته : أن على كل واحد من المصطدمين ضمان ما تلف من الاخر من نفس أو دابة أو مال سواء كانت الدابتان فرسين أو بغلين أو حمارين أو جملين أو كان أحدهما فرسا والاخر غيره سواء كانا مقبضين أو مدبرين ، وبهذا قال أبو حنيفة وصاحبه وإسحاق .

وقال مالك والشافعي على كل واحد منهما نصف قيمة ما تلف من الاخر لان التلف حصل بفعلهما فكان الضمان منقسما عليهما كما لو جرح إنسان نفسه وجرحه غيره فمات منهما .

ولنا أن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه وانما هو قربها الى محل الجناية فلزم الاخر ضمانها كما لو كانت واقفة بخلاف الجراحة .

إذا ثبت هذا فإن قيمة الدابتين ان تساوتا تقاسا وسقطتا وان كانت احداهما أكثر من الاخرى فلصاحبها الزيادة وان ماتت احدى الدابتين فعلى الاخر قيمتها وان نقصت فعليه نقصها .

(فصل) فإن كان أحدهما يسير بين يدي الاخر فأدركه الثاني فصدمه فماتت الدابتان أو احداهما فالضمان على اللاحق لانه الصادم والاخر مصدوم فهو بمنزلة الوافف .

« مسألة ، قال (وان كان أحدهما يسير والاخر واقفا فعلى السائر قيمة دابة الواقف)

نص أحمد على هذا لأن السائر هو الصادم المتلف فكان الضمان عليه ، وان

مات هو أو دابته فهو هدر لأنه أتلف نفسه ودابته ، وإن انحرف الواقف — فصادفت الصدمة انحرافه فهما كالسائر لأن التلف حصل من فعلهما وإن كان الواقف متعدياً بوقوفه مثل أن يقف — في طريق ضيق فالضمان عليه دون السائر لأن التلف حصل بتعديه فكان الضمان عليه كما لو وضع حجراً في الطريق أو جلس في طريق ضيق فعثر به إنسان .

« مسألة ، قال (وإن تصادم نفسان بمشيان فماتا فعلي عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) »

روى هذا عن علي رضي الله عنه والخلاف ههنا في الضمان كالخلاف فيما إذا اصطدم الفارسان إلا أنه لا تقاصر ههنا في الضمان لأنه على غير من له الحق لتكون الضمان على عاقلة كل واحد منهما وإن اتفق أن يكون الضمان على من له الحق مثل أن تكون العاقلة هي الوارثة أو يكون الضمان على المتصادمين تقاصاً ، ولا يجب القصاص سواء كان اصطدامهما عمداً أو خطأ لأن الصدمة لا تقتل غالباً فالقتل الحاصل بها مع العمد عمد الخطأ ، ولا فرق بين البصيرين والأعمى والبصير والأعمى ، فإن كانتا امرأتين حاملتين فهما كالرجلين فإن أسقطت كل واحدة منهما جنيئاً فعلي كل واحدة نصف ضمان جنيئتها ونصف ضمان جنيئ صاحبتهما لأنهما اشتركتا في قتله وعلى كل واحدة منهما عتق ثلاث رقاب واحدة لقتل صاحبتهما واثنين لمشاركتهما في الجنين ، وإن أسقطت إحداهما دون الأخرى اشتركتا في ضمانه وعلى كل واحدة عتق رقتين .

وإن أسقطنا معاً ولم تمت المرأتان ففي مال كل واحدة ضمان نصف — الجنيين بغرة إذا سقطا ميتين وعتق رقتين ، وإن اصطدم راكب وماش فهو كما لو كانا ماشين وإن اصطدم راكباً فماتا فهو كما لو كانا ماشين .

(فصل) وإن اصطدم عبدان فماتا هدرت قيمتهما لأن قيمة كل واحد منهما تعلقت برقبة الآخر فسقطت بتلفه ؛ وإن مات أحدهما تعلقت قيمته برقبة الحي فإن هلك قبل استيفاء القيمة سقطت لفوات محلها ، وإن تصادم حر وعبد فماتا تعلقت دية الحر برقبة العبد ثم انتقلت إلى قيمة العبد ووجببت قيمة العبد في تركه

الحر فيتقاصان ، فإن كانت دية الحر أكثر من قيمة العبد سقطت الزيادة لأنها لا متعلق لها ؛ وإن كانت قيمة العبد أكثر أخذ الفضل من تركة الجاني ، وفي مال الحر عتق رقبة ولا شيء على العبد لأن تكفيره بالصوم فيغوت بفواته ، وإن مات العبد وحده فقيمته في ذمة الحر لأن العاقلة لا تحمل العبد ، وإن مات الحر وحده تعلقت ديته برقبة العبد وعليه صيام شهرين متتابعين وإن مات العبد قبل استيفاء الدية سقطت ، وإن قتله أجنبي فعليه قيمته ويتحول ما كان متعلقا برقبته إلى قيمته لأنها بدله وقائمة مقامه وتستوفي عن وجبت عليه .

« مسألة ، قال (وإذا وقعت السفينة المنحدرة على المصاعدة فغرقنا فعلي المنحدرة قيمة السفينة المصاعدة أو أرش ما نقصت ان أخرجت إلا أن يكون قيم المنحدرة غلبته الريح فلم يقدر على ضبطها) »

وجملته : أن السفينتين إذا اصطاما لم تخلو من حالين . أحدهما : أن تكونا متساويتين كاللتين في بحر أو ماء واقف — أو كانت أحدهما منحدرة ، والاخرى مصاعدة فبدأ بما إذا كانت أحدهما منحدرة ، والاخرى مصاعدة لأنها مسألة الكتاب ولا يخلو من حالين .

أحدهما : أن يكون القيم بها مفرطاً بأن يكون قادراً على ضبطها أو ردها عن الاخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يعدلها إلى ناحية أخرى فلم يفعل أو لم يكمل آلتها من الحبال والرجال وغيرهما فعلي المنحدر ضمان المصاعدة لأنها تنحط عليها من علو فيكون ذلك سبباً لغرقها فتنزول المنحدرة بمنزلة السائر والمصاعدة بمنزلة الواقف — ، وإن غرقنا جميعاً فلا شيء على المصعد وعلى المنحدر قيمة المصعد أو أرش ما نقصت ان لم تتلف — كلها إلا أن يكون التفريط من المصعد بأن يمكنه العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصعد لأنه المفرط ، وإن لم يكن من واحد منهما تفريط — لكن هاجت ريح أو كان الماء شديد الجرية فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لأنه لا يدخل في وسعه ضبطها ولا يكافئ الله نفساً إلا وسعها .

الحال الثاني : أن يكونا متساويتين فإن كان القيمان مفرطين ضمن كل واحد

منهما سفينة الآخر بما فيهما من نفس ومال كما قلنا في الفارسين يصطدمان ، وان لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما وللشافعي في حال عدم التفريط قولان .
أحدهما : عليهما الضمان لأنهما في أيديهما فلهما الضمان كمالو اصطدام الفارسين لغلبة الفرسين لهما .

ولذا ان الملاحين لا يسيران السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما في الغالب ولا الاحتراز من ذلك فأشبهه مالو نزلت صاعقة أحرقت السفينة وبخالف الفرسين فانه يمكن ضبطهما والاحتراز من طردهما ، وان كان أحدهما مفرطاً وحده فعليه الضمان وحده ، فان اختلفا في تفريط القيم فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم التفريط وهو أمين فهو كالمودع وعند الشافعي انهما اذا كانا مفرطين فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينته ونصف سفينة صاحبه كقوله في اصطدام الفارسين على ما مضى .

(فصل) فان كان القيمان مالكين للسفينتين بما فيهما تقاصا واخذ ذو الفضل فضله وان كانا اجيرين ضمنا ولا تقاص فهنا لأن من يجب له غير من يجب عليه وان كان في السفينتين احرار فهلكوا وكانا قد تعمد المصادمة وذلك بما يقتل غالباً فعليهما القصاص ، وان كانوا عبيداً فلا ضمان على القيمين اذا كانا جارين وان لم يتعمدا المصادمة أو كان ذلك عمالاً يقتل غالباً وجبت دية الاحرار على عاقلة القيمين وقيمة العبيد في أموالهما ، وان كان القيمان عبيدين تعلق الضمان برقبتهما ، فان تلفا جميعاً سقط الضمان وأما مع عدم التفريط فلا ضمان على أحد وان كان في السفينتين ودائع ومضاربات لم تضمن لأن الامين لا يضمن ما لم يرجد منه تفريط أو عدوان ، وان كانت السفينتان بأجرة فهما أمانة أيضاً لا ضمان فيهما ، وان كان فيهما مال يحملانه بأجرة الى بلد آخر فلا ضمان لأن الهلاك بأمر غير مستطاع .

(فصل) وان كانت إحدى السفينتين قائمة والأخرى سائرة فلا ضمان على الواقعة وعلى السائرة ضمان الواقعة ان كان مفرطاً ولا ضمان عليه ان لم يفرط على ما قدمنا .
(فصل) وان خيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخفيفه وتسليم من الغرق لم يضمنه أحد لانه أثلّف متاع نفسه باختياره اصلاحه وصلاحه غيره . وان ألقى متاع غيره بغير أمره ضمنه وحده . وان قال لغيره ألقى متاعك

فقبل منه لم يضمنه له لأنه لم يلتزم ضمانه ، وإن قال ألقه وأنا ضامن له أو وعلى قيمته لزمه ضمانه له لأنه أتلف ماله بعوض لمصلحة فوجب له العوض على من التزمه كما لو قال : أعتق عبدك وعلى ثمنه ، وإن قال ألقه وعلى وعلى ركبان السفينة ضمانه فألقاه ففيه وجهان .

أحدهما يلزمه ضمانه وحده ، وهذا نص الشافعي وهو الذي ذكره أبو بكر لأنه التزم ضمانه جميعه فلزمه ما التزمه . وقال القاضي : إن كان ضمان اشتراك مثل أن يقول نحن نضمن لك أو قال على كل واحد منا ضمان قسطه أو ربع متاعك لم يلزمه إلا ما يخصه من الضمان ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنه لم يضمن إلا حصته ، وإنما أخبر عن الباقيين بالضمان فمكتوا وسكوتهم ليس بضمان ، وإن التزم ضمان الجميع وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك لزمه ضمان الكل ، وإن قال ألقه على أن أضمنه لك أنا وركبان السفينة فقد أذنوا لي في ذلك فألقاه ثم أنكروا الإذن فهو ضامن لجميعه .

وإن قال ألقى متاعى وتضمنه لي ؟ فقال نعم فألقاه ضمنه له ، وإن قال ألقى متاعك وعلى ضمان نصفه وعلى أخى ضمان ما بقى فألقاه فعليه ضمان النصف وحده ولا شيء على الآخر لأنه لم يضمن .

فصل

وإذا خرق سفينة ففرقت بما فيها وكان عمداً وهو عما يغرقها غالباً ويهلك من فيها لكونهم في اللجة أو لعدم معرفتهم بالسباحة فعليه القصاص إن قتل من يجب القصاص بقتله وعليه ضمان السفينة بما فيها من مال ونفس ، وإن كان خطأ فعليه ضمان العبيد ودبة الأحرار على عاقلته ، وإن كان عمداً خطأ مثل أن يأخذ السفينة ليصلح موضعاً فقلع لوحاً ، أو يصلح مسماراً فنقب موضعاً ، فهذا عمد الخطأ ، وذكره القاضي وهو مذهب الشافعي . والصحيح أن هذا خطأ محض لأنه قصد فعلاً مباحاً فأفضى إلى التلف لما لم يردده فأشبه ما لو رمى صيداً فأصاب آدمياً ولكن إن قصد قلع اللوح في موضع الغالب أنه لا يتلفها فأتلفها فهو عمد الخطأ وفيه ما فيه والله أعلم .

كتاب الجهاد

روى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبي (ص) قال : انتدب الله لمن خرج في سبيله لا يخرجه إلا جهاد في سبيل وإيمان بي وتصديق برسولي فهو على ضامن أن أدخله الجنة أو أرجعه إلى مسكنه الذي خرج منه ثاملاً ما نال من أجر أو غنيمة ، متفق عليه . ولمسلم : مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم ، وعن أنس رضى الله عنه قال : قال رسول الله (ص) : لغدوة في سبيل الله أو روحه خير من الدنيا وما فيها ، رواه البخاري .

مسألة ، قال (والجهاد فرض على الكفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقيين)

معنى فرض الكفاية الذي ان لم يقم به من يكفي أتم الناس كلهم ، وان قام به من يكفي سقط عن سائر الناس ، فالخطاب في ابتدائه يتناول الجميع كفرض الأعيان ثم يختلفان في أن فرض الكفاية يسقط بفعل بعض الناس له ، وفرض الأعيان لا يسقط عن أحد بفعل غيره . والجهاد من فروض الأعيان لقول الله تعالى (انفروا خفافاً وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله) ثم قال (إلا تنفروا يعذبكم عذاباً أليماً) وقوله سبحانه (كتب عليكم القتال) وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي (ص) قال : من مات ولم يغز ولم يحدث نفسه بالغزو مات على شعبة من النفاق ،

ولنا قول الله تعالى (لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم ، فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدين درجة وكلاً وعد الله الحسنى) وهذا يدل على أن القاعدين غير آئمين مع جهاد غيرهم ، وقال الله تعالى (وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا) ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث المرابيا ويقيم هو وسائر أصحابه .

فأما الآية التي احتجوا بها فقد قال ابن عباس : نسخها قوله تعالى (وما كان

المؤمنون لينفروا كافة) ، رواه الاثرم وأبو داود . ويحتمل أنه أراد حين استنفرهم النبي (ص) الى غزوة تبوك وكانت إجابتهم الى ذلك واجبة عليهم ، ولذلك هجر النبي (ص) كعب بن مالك وأصحابه الذين خلفوا حتى تاب الله عليهم بعد ذلك ، وكذلك يجب على من استنفره الإمام لقول النبي (ص) « واذا استنفرتم فانفروا » متفق عليه .

ومعنى الكفاية في الجهاد أن ينهض للجهاد قوم يكفون في قتالهم ، أما أن يكونوا جنداً لهم دواوين من أجل ذلك ، أو يكونوا قد أعدوا أنفسهم له تبرعاً بحيث إذا قصد العدو حصلت المنعة بهم ويكون في الثغور من يدفع العدو عنها ويبعث في كل سنة جيش يغيرون على العدو في بلادهم .

(فصل) ويتعين الجهاد في ثلاثة مواضع :

أحدها : إذا التقى الزحفان وتقابل الصفان حرم على من حضر الانصراف وتعين عليه المقام لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيراً) وقوله (واصبروا إن الله مع الصابرين) وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفاً فلا تولوهم الادبار . ومن يولهم يومئذ دبره إلا متحرفاً لقتال أو متحيزاً الى فئة فقد باء بغضب من الله)

الثاني : إذا نزل الكفار ببلد تعين على أهله قتالهم ودفعهم .

الثالث : إذا استنفر الإمام قوماً لزمهم النفير معه لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ما لكم إذا قيل لكم انفروا في سبيل الله اثاقلتم الى الأرض) الآية ، والتي بعدها ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « اذا استنفرتم فانفروا »

(فصل)

ويشترط لوجوب الجهاد سبعة شروط : الاسلام والبلوغ والعقل والحرية والذكورية والسلامة من الضرر ووجود النفقة ، فأما الاسلام والبلوغ والعقل فهي شروط لوجوب سائر الفروع ولأن الكافر غير مأمون في الجهاد والمجنون لا يتأتى منه الجهاد والصبى ضعيف البنية . وقد روى ابن عمر قال « عرضت على رسول الله (ص) يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني في المقاتلة . متفق عليه ، وأما الحرية فتشترط لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يبايع

الحر على الإسلام والجهاد، ويباع العبد على الإسلام دون الجهاد، ولأن الجهاد عبادة تتعلق بقطع مسافة فلم يجب على العبد كالحج. وأما الذكورية فتشترط لها روت عائشة قالت: قلت يا رسول الله هل على النساء جهاد؟ فقال: جهاد لا قتال فيه، الحج والعمرة، ولأنها ليست من أهل القتال اضعفها وخورها، ولذلك لا يسهم لها ولا يجب على خنثى مشكل لأنه لا يعلم كونه ذكراً فلا يجب مع الشك في شرطه. وأما السلامة من الضرر فمعناه السلامة من العمى والعرج والمرضى، وهو شرط لقول الله تعالى (ليس على الأعمى حرج ولا الأعرج حرج ولا على المريض حرج) ولأن هذه الأعذار تمنعه من الجهاد، فأما العمى فعروف، وأما العرج فالمانع منه هو الفاحش الذي يمنع المشي الجيد والركوب كالزمانته ونحوها. وأما اليسير الذي يتمكن معه من الركوب والمشي وإنما يتعذر عليه شدة العدو فلا يمنع وجوب الجهاد لأنه يمكن منه فشابه الأعور. وكذلك المرض المانع هو الشديد، فأما اليسير منه الذي لا يمنع إمكان الجهاد، كوجع الضرس والصداع الخفيف فلا يمنع الوجوب، لأنه لا يتعذر معه الجهاد فهو كالأعور.

وأما وجود النفقة فيشترط لقول الله تعالى (ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج إذا نصحوا الله ورسوله) ولأن الجهاد لا يمكن إلا بالآلة فيعتبر القدرة عليهما، فإن كان الجهاد على مسافة لا تقصر فيها الصلاة اشترط أن يكون واجداً للزاد ونفقة عائلته في مدة غيبته وسلاح يقاتل به، ولا تعتبر الرحلة لأنه سفر قريب. وإن كانت المسافة تقصر فيها الصلاة اعتبر مع ذلك الرحلة لقول الله تعالى (ولا على الذين إذا ما أتوك لتحملهم قلت لا أجد ما أحملكم عليه تولوا وأعينهم تفيض من الدمع حزناً أن لا يجدوا ما ينفقون)

فصل

وأقل ما يفعل مرة في كل عام، لأن الجزية تجب على أهل الذمة في كل عام وهي بدل عن النصره فكذلك مبدلها، وهو الجهاد فيجب في كل عام مرة إلا من عذر، مثل أن يكون بالمسلمين ضعف في عدد أو عدة أو يكون ينتظر المديد يستعين به، أو يكون الطريق اليهم فيها مانع أو ليس فيها علف أو ماء، أو يعلم

من غدوه حسن الرأي في الاسلام فيقطع في اسلامهم إن آخر قتالهم ونحو ذلك مما يرى المصلحة معه في ترك القتال فيجوز تركه بهدنة ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد صالح قريشا عشرين ، وآخر قتالهم حتى نقضوا عهده ، وآخر قتال قبائل من العرب بغير هدنة ، وإن دعت الحاجة إلى القتال في عام أكثر من مرة وجب ذلك لأنه فرض كفاية فوجب منه ما دعت الحاجة إليه .

« مسألة ، قال (قال أبو عبد الله : لا أعلم شيئاً من العمل بعد الفرائض أفضل من الجهاد) »

روى هذه المسألة عن أحمد جماعة من أصحابه . قال الاثرم : قال أحمد : لا أعلم شيئاً من أبواب البر أفضل من السبيل ، وقال الفضل بن زياد : سمعت أبا عبد الله وذكر له أمر العدو؟ لجعل يبكي ويقول : ما من أعمال البر أفضل منه ، وقال عنه غيره : ليس يعدل لقاء العدو شيء ومباشرة القتال بنفسه أفضل الأعمال ، والذين يقاتلون العدو هم الذين يدفعون عن الإسلام وعن حريمهم فأى عمل أفضل منه ؟ الناس آمنون وهم خائفون قد بذلوا مهج أنفسهم .

وقد روى ابن مسعود قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الأعمال أفضل ؟ قال الصلاة لمواقبتها ، قلت ثم أي ؟ قال ثم بر الوالدين . قلت ثم أي ؟ قال الجهاد في سبيل الله ، قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح

وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الأعمال أفضل ، أو أي الأعمال خير ؟ قال إيمان بالله ورسوله . قيل ثم أي شيء ، قال الجهاد سنام العمل ، قيل ثم أي ، قال : حج مبرور ، أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح

وروى أبو سعيد الخدري قال : قيل يا رسول الله أي الناس أفضل ، قال « مؤمن مجاهد في سبيل الله بنفسه وماله ، متفق عليه . وعن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ألا أخبركم بخير الناس ؟ رجل ممسك بعنان فرسه في سبيل الله ، قال الترمذي هذا حديث حسن

وروى الحلال بإسناده عن الحسن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 « والذي نفسي بيده ما بين السماء والأرض من عمل أفضل من جهاد في سبيل الله
 أو حجة مبرورة ، لا رقت فيها ولا فسوق ولا جدال ، ولأن الجهاد بذل المهجة
 والمال ونفقه يعم المسلمين كاهم صغيرهم وكبيرهم وقريبهم وضعيفهم ذكرهم وأتاهم
 وغيره لا يساويه في نفقه وخطره فلا يساويه في فضله وأجره .

« مسألة ، قال (وغزو البحر أفضل من غزو البر)

وجملته : أن الغزو في البحر مشروع وفضله كثير ، قال أنس بن مالك « نام
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم استيقظ وهو يضحك قالت أم حرام : فقلت
 ما يضحكك يا رسول الله ؟ قال : ناس من أمتي عرضوا على غزاة في سبيل الله
 يركبون ثبج هذا البحر ملوكاً على الأسرة ، أو مثل الملوك على الأسرة ، متفق عليه
 قال ابن عبد البر . أم حرام بنت ملحان أخت أم سليم خالة رسول الله صلى الله
 عليه وسلم من الرضاعة أرضعته أخت لها ثالثة ، ولم تر هذا عن أحد سواه وأظنه
 إنما قال هذا لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينام في بيتها وينظر إلى شعرها ،
 ولعل هذا كان قبل نزول الحجاب .

وروى أبو داود بإسناده عن أم حرام عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال
 « المائد في البحر الذي يصيبه القيء له أجر شهيد والغريق له أجر شهيد » وروى
 ابن ماجه ، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « شهيد البحر مثل
 شهيد البر والمائد في البحر كالمتشحط في دمه في البر وما بين الموجتين كقاطع
 الدنيا في طاعة الله وإن الله وكل ملك الموت بقبض الأرواح إلا شهيد البحر فإنه
 يتولى قبض أرواحهم ويغفر لشهيد البر الذنوب كلها إلا الدين ويغفر لشهيد البحر
 الذنوب والدين ، ولأن البحر أعظم خطراً ومشقة ، فإنه بين العدو وخطر الغرق
 ولا يتمكن من الفرار إلا مع أصحابه فكان أفضل من غيره .

(فصل) وقاتل أهل الكتاب أفضل من قتال غيرهم ، وكان ابن المبارك
 يأتي من مرو لغزو الروم . فتبيل له في ذلك ؟ فقال : ان هؤلاء يقاتلون على دين

وقد روى عن النبي (ص) أنه قال لا م خلا د ، أن ابنك له أجر شهيدين ، قالت : ولم ذلك يا رسول الله ؟ قال : لأنه قتله أهل الكتاب ، رواه أبو داود .

« مسأله ، قال (ويغزى مع كل بر وفاجر)

يعنى مع كل امام قال أبو عبد الله وسئل عن الرجل يقول أنا لا أغزو وبأخذه ولد العباس إنما يوفر النية عليهم ؟ فقال : سبحانه الله هؤلاء قوم سوء هؤلاء القعدة مشيطون جهال فيقال أرايتم لو أن الناس كلهم قعدوا كما قعدتم من كان يغزو ؟ أليس كان قد ذهب الإسلام ؟ ما كانت تصنع الروم ؟

وقد روى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الجهاد واجب عليكم مع كل أمير برأ كان أو فاجراً ، وإسناده عن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثلاث من أصل الإيمان : الكف عن من قال لا إله إلا الله لا نكفره بذنوب ولا نخرجه من الإسلام بعمل ، والجهاد ماض منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمم الدجال والإيمان بالاقدار ، ولأن ترك الجهاد مع الفاجر يفضي إلى قطع الجهاد وظهور الكفار على المسلمين ، واستئصالهم وظهور كلمة الكفر وفيه فساد عظيم قال الله تعالى (ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض) .

(فصل : قال أحمد لا يعجزني أن يخرج مع الإمام أو القائد إذا عرف بالهزيمة وتضييع المسلمين وإنما يغزو مع من له شفقة وحيطة على المسلمين فإن كان القائد يعرف بشرب الخمر والغلول يغزى معه إنما ذلك في نفسه ويروى عن النبي (ص) « أن الله ليؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر » .

(فصل) ولا يستصحب الأمير معه مخدلاً وهو الذي يثبط الناس عن الغزو ويذهبهم في الخروج إليه والقتال والجهاد مثل أن يقول : الحر أو البرد شديد والمشقة شديدة ولا تؤمن هزيمة هذا الجيش وأشباه هذا ولا مرجفاً وهو الذي يقول : قد هلكت سرية المسلمين وما لهم مدد ولا طاقة لهم بالكفار والكفار لهم قوة ومدد وصبر ولا يثبت لهم أحد ونحو هذا ولا من يعين على المسلمين بالتجسس للكفار وإطلاعهم على عورات المسلمين ومكاتبتهم باخبارهم ودلائلهم على عوراتهم

أو إيواء جواسيسهم ولا من يوقع العداوة بين المسلمين ويسعى بالفساد لقول الله تعالى (ولكن كره الله انبيعائهم فنبطهم وقيل اقعدوا مع القاعدین، لو خرجوا فيكم ما زادوكم الا خبالا ولا وضعا خلا لكم ييخونكم الفتنة) ولأن هؤلاء مضرّة على المسلمين فيلزمه منعهم .

وان خرج معه أحد هؤلاء لم يسهم له ولم يرضخ وان أظهر عون المسلمين لأنه يحتمل أن يكون أظهره نفاقا وقد ظهر دليله فيكون مجرد ضرر فلا يستحق مما غنموا شيئا ، وان كان الأمير أحد هؤلاء لم يستحب الخروج معه لأنه إذا منع خروجه قبحاً فقبوحاً أولى ؛ ولأنه لا تؤمن المضرّة على من محبه .

« مسأله ، قال (ويقاتل كل قوم من يلهم من العدو)

الأصل في هذا قول الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا قاتلوا الذين يلونكم من الكفار) ولأن الأقرب أكثر ضرراً وفي قتاله دفع ضرره عن المقابل له وعن وراءه والاشتغال بالبعيد عنه يمكنه من انتهاز الفرصة في المسلمين لاشتغالهم عنه قيل لأحمد : يحكون عن ابن المبارك أنه قيل له تركت قتال العدو عندك وجئت الى ههنا ؟ قال هؤلاء أهل الكتاب فقال أبو عبد الله : سبحان الله ما أدري ما هذا القول ؟ ترك العدو عنده ويحىء الى ههنا أف يكون هذا ؟ أو يستقيم هذا ؟

وقد قال الله تعالى (قاتلوا الذين يلونكم من الكفار) لو أن أهل خراسان كلهم عملوا على هذا لم يجاهد الترك أحد ، وهذا والله أعلم إنما فعله ابن المبارك لكونه متبرعاً بالجهاد والكفاية حاصله بغيره من أهل الديوان وأجناد المسلمين والمتبرع له ترك الجهاد بالكلية فكان له أن يجاهد حيث شاء ومع من شاء .

إذا ثبت هذا : فإن كان له عذر في البداية بالأبعد لكونه أخوف أو لمصلحة في البداية به لقربه وإما كان الفرصة منه أو لكون الأقرب مهادناً أو يمنع من قتاله مانع فلا بأس بالبداية بالأبعد لكونه موضع حاجة .

(فصل) وأمر الجهاد موكول الى الامام واجتهاده ويلزم الرعية طاعته فيما يراه من ذلك وينبغي أن يتدبىء بترتيب قوم في أطراف البلاد يكفون من إيازاتهم من المشركين ويأمر بعمل حصونهم وحفر خنادقهم وجميع مصالحهم ويؤمر

في كل ناحية أميراً يتلذه أمر الحروب وتدير الجهاد ويكون من له رأى وعقل ونجدة وبصر بالحرب ومكابدة العدو ويكون فيه أمانة ورفق ونصح للمسلمين وإنما يبدأ بذلك لأنه لا يأمن عليها من المشركين ، ويغزو كل قوم من يليهم إلا أن يكون في بعض الجهات من لا يفي به من يليه فينقل اليهم قوماً من آخرين ويتقدم الى من يؤمره أن لا يحمل المسلمين على مهلكة ولا يأمرهم بدخول مطمورة يخاف أن يقتلوا تحتها فإن فعل ذلك فقد أساء ويستغفر الله تعالى وليس عليه عقل ولا كفارة إذا أصيب واحد منهم بطاعته لأنه فعل ذلك باختياره ومعرفة فإن عدم الامام لم يؤخر الجهاد لأن مصلحته تفوت بتأخيرها ، وإن حصلت غنيمة قسمها أهلها على موجب الشرع .

قال القاضي : ويؤخر قسمة الاماء حتى يظهر إمام احتياطاً للفروج ، فإن بعث الامام جيشاً وأمر عليهم أميراً فقتل أو مات فلاجيش ان يؤمروا احدهم كما فعل اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في جيش مؤتة لما قتل امرأؤهم الذين امرهم النبي صلى الله عليه وسلم امرؤا عليهم خالد بن الوليد فبلغ النبي (ص) فرضى امرهم وصوب رأيهم وسمى خالداً يومئذ « سيف الله » .

فصل

قال احمد : قال عمر ، وفروا الاظفار في ارض العدو فإنه سلاح ، قال احمد يحتاج اليها في ارض العدو ، ألا ترى انه اذا اراد ان يحل الحبل او الشئ فاذا لم يكن له اظفار لم يستطع ، وقال عن الحكم بن عمرو « امرنا رسول الله (ص) ان لا نحفي الاظفار في الجهاد ، فان القوة الاظفار ،

(فصل) قال احمد يشيع الرجل اذا خرج ولا يتلقونه ، شيع على رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك ، ولم يتلقه .

وروى عن ابي بكر الصديق (رض) انه شيع يزيد بن ابي سفيان حين بعثه الى الشام ويزيد راكب وابو بكر رضى الله عنه يمشى ، فقال له يزيد « يا خليفة رسول الله إما ان تركب وإما ان ازل انا فأمشى معك ، قال لا اركب ولا تنزل اني احتسب خطاي هذه في سبيل الله ، وشيع ابو عبد الله ابا الحارث الصائغ ونعلاه في يديه ، وذهب الى فدل ابي بكر ، أراد ان تغبر قدماه في سبيل الله .

وقال عن عوف بن مالك الخثعمي عن النبي صلى الله عليه وسلم : من اغبرت قدماه في سبيل الله حرمه الله على النار ، قال أحمد ليس للخثعمي صحبه وهو قديم

مسألة ، قال ، وتمام الرباط أربعون يوما)

معنى الرباط : الإقامة بالشجر مقويا للمسلمين على الكفار والشجر كل مكان يخيف أهله العدو ويخيفهم وأصل الرباط من رباط الخيل لان هؤلاء يربطون خيولهم وهؤلاء يربطون خيولهم كل يعد لصاحبه فسمى المقام بالشجر رباطا وان لم يكن فيه خيل وفضله عظيم وأجره كبير

قال أحمد ليس يعدل الجهاد عندى والرباط شئ . والرباط دفع عن المسلمين وعن حربهم وقوة لاهل الشجر ولأهل الغزو فالرباط أصل الجهاد وفرعه والجهاد افضل منه للعناء والتعب والمشقة .

وقد روى في فضل الرباط أخبار منها ما روى سليمان قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : رباط ليلة في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه فإن مات جرى عليه عمله الذى يعمل ، وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان ، رواه مسلم . وعن فضالة بن عبيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كل ميت يختم على عمله إلا المرباط في سبيل الله فإنه ينمو له عمله الى يوم القيامة ويؤمن من فتان القبر ، رواه أبو داود والترمذى . وقال حديث حسن صحيح ،

وعن عثمان بن عفان رضى الله عنه انه قال على المنبر : انى كنت كنتمكم حديثا سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم كراهية تفرقكم عني ، ثم بدا لى ان أحدثكموه ليختار امرؤ منكم لنفسه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : رباط يوم في سبيل الله خير من ألف يوم فيما سواه من المنازل ، رواه أبو داود والآثرم وغيرهم .

إذا ثبت هذا : فإن الرباط يقل ويكثر فكل مدة أقامها بنية الرباط فهو رباط قل أو كثر ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم : رباط يوم ، و رباط ليلة ، قال أحمد : يوم رباط وليلة رباط وساعة رباط وقال عن أبي هريرة : ومن رباط يوما في سبيل الله كتب له أجر الصائم القائم ومن زاد زاده الله .

وروى سعيد بن منصور بإسناده عن عطاء الخراساني عن أبي هريرة ، رباط يوم في سبيل الله أحب إلى من أن أوافق ليلة القدر في أحد المسجدين ، مسجد الحرام أو مسجد رسول الله (ص) ومن رباط أربعين يوما فقد استكمل الرباط . وتمام الرباط أربعون يوما ، روى ذلك عن أبي هريرة وابن عمر ، وقد ذكرنا خبر أبي هريرة .

وروى أبو الشيخ في كتاب الثواب بإسناده عن النبي (ص) أنه قال : تمام الرباط أربعون يوما ، وروى عن نافع عن ابن عمر أنه قدم على عمر بن الخطاب من الرباط فقال له : كم رباطت ؟ قال ثلاثين يوما ، قال عزمت عليك إلا رجعت حتى تتمها أربعين يوما : وإن رباط أكثر فله أجره كما قال أبو هريرة ، ومن زاد زاده الله .

(فصل) وأفضل الرباط المقام بأشد الثغور خوفا لأنهم أحوج ومقامه به أنفع . قال أحمد : أفضل الرباط أشدهم كلبا ، وقيل لأبي عبد الله : فإن أحب إليك أن ينزل الرجل بأهله ؟ قال : كل مدينة معقل للمسلمين مثل دمشق ، وقال أرض الشام أرض المحشر ودمشق ^(١) موضع يجتمع إليه الناس إذا غلبت الروم ، قيل لأبي عبد الله : فهذه الأحاديث التي جاءت ، أن الله تكفل لي بالشام ، ونحو هذا قال ما أكثر ما جاء فيه ، وقيل له أن هذا في الثغور ، فأنكره وقال : أرض القدس أين هي ؟ ولا يزال أهل الغرب ظاهرين هم أهل الشام ، ففسر أحمد الغرب في هذا الحديث بالشام ، وهو حديث صحيح رواه مسلم ، وإنما فسره بذلك لأن الشام يسمى مغربا لأنه مغرب للعراق ، كما يسمى العراق مشرقا ولهذا قيل ولأهل المشرق ذات عرق ، وقد جاء في حديث مصر حابه ، لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خذلهم حتى يأتي أمر الله وهم بالشام ،

وفي الحديث عن مالك بن يخامر عن معاذ بن جبل قال : وهم بالشام . رواه البخاري في صحيحه ، وفي خبر عن أبي هريرة عن النبي (ص) قال : لا تزال

(١) قال شيخنا تقي الدين الزيرائي طاب ثراه : وجدت نسخة بالشام من

المغني وفيها همنا فصل في فضل دمشق

طائفة بدمشق ظاهرين ، أخرجه البخارى فى التاريخ ، وقد رويت فى الشام أخبار كثيرة منها حديث عبد الله بن حوالة الأزدي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ستجندون أجناداً جنداً بالشام وجنداً بالعراق وجنداً باليمن ، فقلت خرى لى يا رسول الله قال عليك بالشام فإنها خيرة الله من أرضه يحبها الله خيرته من عباده فمن أبى فليلاحق باليمن ويشق من غدره فإن الله تكفل لى بالشام وأهله ، رواه أبو داود بمعناه وكان أبو إدريس إذا روى هذا الخبر قال ومن تكفل الله به فلا ضيعة عليه .

وروى عن الأوزاعى قال : أتيت المدينة فسألت : من بهامن العلماء ؟ فقبل محمد بن المنكدر ومحمد بن كعب القرظى ومحمد بن على بن عبد الله بن العباس ومحمد ابن على بن الحسين بن على بن أبى طالب رضى الله عنه فقلت والله لا أبدأن بهذا قبلهم فدخلت اليه فأخذ ييدى وقال من أى إخواننا أنت ؟ قلت من أهل الشام قال من أيهم ؟ قلت من أهل دمشق قال حدثنى أبى عن جدى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « يكون المسلمين ثلاث معازل فمعلمهم فى الملحمة الكبرى التى تكون بعمق أنطاكية دمشق ومعلمهم من الدجال بيت المقدس ومعلمهم من ياجوج وماجوج طور سيناء ، رواه أبو نعيم فى الحلية .

وفى خبر آخر عن أبى الدرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن فسطاط المسلمين يوم الملحمة بالغوطة الى جانب مدينة يقال لها دمشق من خير مدائن الشام ، أخرجه أبو داود .

وروى سعيد بن منصور فى سننه بإسناده عن أبى النضر أن عوف بن مالك أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أوصنى قال « عليك بجبل الحمر ، قال وما جبل الحمر ؟ قال « أرض المحشر ، وإسناده عن عطاء الخراسانى بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « رحم الله أهل المقبرة ، ثلاث مرات فسئل عن ذلك فقال « تلك مقبرة تكون بعسقلان ، فكان عطاء يربط بها كل عام أربعين يوماً حتى مات .

وروى الدارقطنى فى كتابه المخرج على الصحيحين بإسناده عن ابن عمر أن

النبي صلى الله عليه وسلم صلى على مقبرة فقيل له يا رسول الله أى مقبرة هى ؟ قال
 « مقبرة بأرض العدو يقال لها عسقلان يفتتحها ناس من أمتى يبعث الله منها سبعين
 ألف شهيد فيشفع الرجل فى مثل ربيعة ومضر ولكل عروس وعروس الجنة
 عسقلان » وبإسناده عن ابن عباس رضى الله عنه أن رجلا أتى النبي صلى الله
 عليه وسلم فقال إني أريد أن أغزو . فقال « عليك بالشام وأهله ثم الزم من الشام
 عسقلان فإنها إذا دارت الرحى فى أمتى كان أهلها فى راحة وعافية » .

(فصل)

ومذهب أبى عبد الله كراهة نقل النساء والذرية الى الثغور المخوفة ، وهو قول
 الحسن والأوزاعى لما روى يزيد بن عبد الله قال : قال عمر لا تنزلوا المسلمين
 ضفة البحر ، رواه الأثرم بإسناده . ولأن الثغور المخوفة لا يؤمن ظفر العدو بها
 وبمن فيها واستيلاؤهم على الذرية والنساء : قيل لأبى عبد الله فتخاف على المنتقل
 بعياله الى الشجر الأثم . قال كيف لا اخاف الإثم وهو يعرض ذريته للمشركين .
 وقال كنت أمر بالنحول بالاهل والعيال الى الشام قبل اليوم فأنا انهى عنه الآن
 لأن الأمر قد اقترب ، وقال لا بد لهؤلاء القوم من يوم ، قيل فذلك فى آخر
 الزمان ، قال فهذا آخر الزمان ، قيل فالنبي (ص) كان يقرع بين نسائه فأيتن
 خرج سهمها خرج بها ، قال هذا للواحدة ليس الذرية ، وهذا من كلام احمد محمول
 على أن غير اهل الثغر لا يستحب لهم الانتقال بأهلهم الى ثغر مخوف .
 فأما اهل الثغر فلا بد لهم من السكنى بأهلهم لولا ذلك لحربت الثغور وتعطلت
 ونحس الثغور المخوفة ، بدليل انه اختار سكنى دمشق ونحوها مع كونها ثغراً لأن
 الغالب سلامتها وسلامة أهلها .

(فصل) ويستحب لأهل الثغر أن يجتمعوا فى المسجد الأعظم لصلواتهم
 كلامها ليكون أجمع لهم وإذا حضر النفير صادفهم مجتمعين فيبلغ الخبر جميعهم .
 وإن جاء خبر يحتاجون الى سماعه أو أمر يراد إعلامهم به يعلمونه ويراهم عين
 الكفار فيعلم كثرتهم فيخوف بهم .

قال احمد ان كانوا متفرقين يرى الجاسوس قلاتهم ، قال وبلغنى عن الأوزاعى
 أنه قال فى المساجد التى بالشجر لو أن لى عليها ولاية لسمرت أبوابها ولم يقل لحربتها

حتى تكون صلاتهم في موضع واحد حتى إذا جاء النغير وهم متفرقون لم يكونوا مثلهم إذا كانوا في موضع واحد .

(فصل) وفي الحرس في سبيل الله فضل كبير ، قال ابن عباس سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : عيناان لا تمسهما النار عين بكت من خشية الله وعين باتت تحرس في سبيل الله ، رواه الترمذى . وقال حديث حسن غريب

وقال النبي صلى الله عليه وسلم رحم الله حارس الحرس ، وعن سهل بن الحنظلية أنهم ساروا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين فأطنبوا السير حتى كان عشية قال : من يحرسنا الليلة ؟ .

قال أنس بن أبي مرثد الغنوى أنا يا رسول الله قال : فاركب ، فركب فرساً له وجاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له : استقبل هذا الشعب حتى تكون في أعلاه ولا تغرن من قبلك الليلة ، فلما أصبحنا جاء رسول الله (ص) الى مصلاه فركع ركعتين ثم قال : هل أحسستم فارسكم الليلة ، قالوا : لا ، فتوب بالصلاة فجعل رسول الله (ص) يصلى وهو يلتفت الى الشعب حتى اذا قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاته وسلم قال : أبشروا قد جاءكم فارسكم ، فإذا هو قد جاء حتى وقف على رسول الله (ص) فقال إني انطلقت حتى كنت في أعلى هذا الشعب حيث أمرني رسول الله (ص) فلما أصبحت اطلعت الشعبين كليهما فنظرت فلم أر أحداً فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل نزلت الليلة ، قال : لا ، إلا مصليا أو قاضيا حاجة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد أوجبت فلا عليك أن لا تعمل بعدها ، رواه أبو داود .

وعن عثمان رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : حرس ليلة في سبيل الله أفضل من ألف ليلة قيام ليلاً وصيام نهارها ، رواه ابن سنجر .

• مسألة ، قال (وإذا كان أبواه مسلمين لم يجاهد تطوعاً إلا بإذنهما)

روى نحو هذا عن عمر وعثمان وبه قال مالك والأوزاعي والثوري والشافعي وسائر أهل العلم ، وقد روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال : جاء رجل الى

رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أجاهد . فقال : ألك أبوان .
 — قال نعم — قال ففيهما فجاهد ، وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم
 مثله رواه الترمذى . وقال حديث حسن صحيح .

وفي رواية فقال جئت أبايعك على الهجرة وتركك أبواي يبيكان قال : ارجع
 إليهما فأخبركهما كما أبكيتهما ، وعن أبي سعيد أن رجلا هاجر إلى رسول الله
 صلى الله عليه وسلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لك باليمن أحد ؟ ،
 قال : نعم أبواي قال : أذنالك ، قال : لا . قال : فارجع فاستأذنهما فإن أذنالك
 لجاهد وإلا فبرهما ، رواه أبو داود ، ولأن بر الوالدين فرض عين ، والجهاد
 فرض كفاية وفرض العين يقدم . فاما إن كان أبواه غير مسلمين فلا إذن لهما
 وبذلك قال الشافعى ، وقال الثورى لا يغزو إلا بإذنهما لعموم الاخبار .

وانا أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يجاهدون وفيهم من له
 أبوان كافران من غير استئذانهما ، منهم أبو بكر الصديق وأبو حذيفة بن عتبة بن
 ربيعة كان مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم بدر وأبوه رئيس المشركين يومئذ قتل
 ببدر وأبو عبيدة قتل أباه في الجهاد فأنزل الله تعالى (لا تجد قوما) الآية ،
 وعموم الاخبار مخصص بما روينا ، فاما إن كان أبواه رقيقين فعموم كلام الحرقى
 يقتضى وجوب استئذانهما لعموم الاخبار ولأنهما أبوان مسلمان فأشبهها الحرين
 ويحتمل أن لا يعتبر إذنهما لأنه لا ولاية لهما وإن كانا مجنونين فلا إذن لهما لأنه
 لا يمكن استئذانهما .

« مسألة » قال (وإذا خوطب بالجهاد فلا إذن لهما ، وكذلك كل الفرائض
 لا طاعة لهما في تركها)

يعنى إذا وجب عليه الجهاد لم يعتبر إذن والديه لأنه صار فرض عين وتركه
 معصية ولا طاعة لأحد في معصية الله ، وكذلك كل ما وجب مثل الحج والصلاة
 في الجماعة والجمع والسفر للعلم الواجب . قال الأوزاعى لا طاعة للوالدين في ترك
 الفرائض والجمع والحج والقتال لأنها عبادة تعينت عليه فلم يعتبر إذن الأبوين فيها

كالصلاة ولأن الله تعالى قال (والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) ولم يشترط إذن الوالدين .

(فصل) وان خرج في جهاد تطوع باذنهما فمنعاه منه بعد سيره وقبل وجوبه فعليه الرجوع لأنه معنى لو وجد في الابتداء منع فاذا وجد في أثناءه منع كسائر الموانع الا أن يخاف على نفسه في الرجوع أو يحدث له عذر من مرض أو ذهاب نفقة أو نحوه فان أمكنه الإقامة في الطريق والا مضى مع الجيش فاذا حضر الصف — ^{بالحسن} تعين عليه بحضوره ولم يبق لهما إذن ، وان كان رجوعهما عن الإذن بعد تعين الجهاد عليه لم يؤثر رجوعهما شيئا ، وان كانا كافرين فأسلما ومنعاه كان ذلك كمنعهما بعد اذنهما سواء وحكم الغريم بإذن في الجهاد ثم يمنع منه حكم الوالد على ما فصلناه ، فاما ان حدث للانسان في نفسه عذر من مرض أو عي أو عرج فله الانصراف سواء التقى الزحفان أو لم يلتقيا لأنه لا يمكنه القتال ولا فائدة في مقامه .

(فصل) وإن أذن له والداه في الغزو وشرطا عليه أن لا يقاتل لحضر القتال تعين عليه وسقط شرطهما كذلك قال الاوزاعي وابن المنذر لأنه صار واجبا عليه فلم يبق لهما في تركه طاعة ولو خرج بغير اذنهما لحضر القتال ثم بدا له الرجوع لم يحز له ذلك .

(فصل) ومن عليه دين حال أو مؤجل لم يحز له الخروج الى الغزو إلا بإذن غريمه إلا أن يترك وفاء أو يقيم به كفيلا أو يوثقه برهن وبهذا قال الشافعي ورخص مالك في الغزو لمن لا يقدر على قضاء دينه لأنه لا تتوجه المطالبة به ولا حبسه من أجله فلم يمنع من الغزو كما لو لم يكن عليه دين .

ولنا : أن الجهاد تقصد منه الشهادة التي تفوت بها النفس فيفوت الحق بفوائدها وقد جاء أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إن قتلت في سبيل الله صابرا محتسبا تكفر عني خطاياي ؟ قال نعم إلا الدين فإن جبريل قال لي ذلك ، رواه مسلم .

وأما اذا تعين عليه الجهاد فلا إذن لغريمه لأنه تعلق بعينه فكان مقدما على ما في ذمته كسائر فروض الأعيان ولكن يستحب له أن لا يتعرض لمظان القتل

من المبارزة والوقوف في أول المقاتلة لأن فيه تفريراً بتفويت الحق ، وإن ترك وفاء أو أقام كفيلاً فله الغزو بغير إذن نص عليه أحمد فيمن ترك وفاء ، لأن عبد الله بن حرام أبا جابر بن عبد الله خرج إلى أحد وعليه دين كثير فاستشهد وقضاه عنه ابنه بعلم النبي صلى الله عليه وسلم ولم يذمه النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك ولم ينكر فعله بل مدحه وقال : « ما زالت الملائكة تظله بأجنحتها حتى رفعتوه » ، وقال لابنه جابر : « أشعرت أن الله أحيا أباك وكله كفاحاً » .

• مسألة : قال (ويقا تل أهل الكتاب والمجوس ولا يدعون ، لأن الدعوة قد بلغتهم ويدعى عبدة الأوثان قبل أن يحاربوا)

أما قوله في أهل الكتاب والمجوس لا يدعون قبل القتال فهو على عمومته لأن الدعوة قد انتشرت وعمت فلم يبق منهم من لم تبلغه الدعوة إلا نادر بعيد .
وأما قوله يدعى عبدة الأوثان قبل أن يحاربوا فليس بعام ، فإن من بلغته الدعوة منهم لا يدعون ، وإن وجد منهم من لم تبلغه الدعوة دعى قبل القتال ، وكذلك إن وجد من أهل الكتاب من لم تبلغه الدعوة دعوا قبل القتال .

قال أحمد : إن الدعوة قد بلغت وانتشرت ، ولكن إن جاز أن يكون قوم خلف الروم وخلف الترك على هذه الصفة لم يجوز قتالهم قبل الدعوة ، وذلك لما روى بريدة قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أمره بتقوى الله في خاصته وبمن معه من المسلمين وقال : « إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى ثلاث خصال ، فأيتمن أجابوك إليها فاقبل منهم وكف عنهم ، ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، فإن هم أبوا فادعهم إلى الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فإن أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم » ، رواه أبو داود ومسلم .

وهذا يحتمل أنه كان في بدء الأمر قبل انتشار الدعوة وظهور الإسلام .
فأما اليوم فقد انتشرت الدعوة فاستغنى بذلك عن الدعاء عند القتال .

قال أحمد : كان النبي صلى الله عليه وسلم يدعو إلى الإسلام قبل أن يحارب حتى أظهر الله الدين وعلا الإسلام ، ولا أعرف اليوم أحداً يدعى . قد بلغت الدعوة كل أحد ، فالرؤم قد بلغتهم الدعوة وعلو ما يراد منهم ، وإنما كانت الدعوة في أول الإسلام وإن دعا فلا بأس .

وقد روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي (ص) أغار على بني المصطلق وهم غارون آمنون وإبلهم تسقى على الماء فقتل المقاتلة وسبي الذرية ، متفق عليه . وعن الصعب بن جثامة قال . سمعت رسول الله (ص) يسأل عن الديار من ديار المشركين يبيتون فيصيبون من نساءهم وذراريهم فقال : هم منهم ، متفق عليه . وقال سلمة بن الأكوع : أمر رسول الله (ص) أبا بكر فغزونا فأسا من المشركين فبئناهم ، رواه أبو داود .

ويحتمل أن يحمل الأمر بالدعوة في حديث بريدة على الاستحباب فإنها مستحبة في كل حال . وقد روى أن النبي (ص) أمر علياً حين أعطاه الراية يوم خيبر وبعثه إلى قتالهم أن يدعوهم وهم ممن بلغتهم الدعوة ، رواه البخاري . ودعا خالد بن الوليد طليحة الأسدي حين تنبأ فلم يرجع فأظهره الله عليه ودعا سلمان أهل فارس . فإذا ثبت هذا فإن كان المدعو من أهل الكتاب أو مجوساً دعاهم إلى الإسلام ، فإن أبوا دعاهم إلى إعطاء الجزية فإن أبوا قاتلهم ، وإن كانوا من غيرهم دعاهم إلى الإسلام فإن أبوا قاتلهم ، ومن قتل منهم قبل الدعاء لم يضمن لأنه لا إيمان له ولا إيمان فلم يضمن كنساء من بلغت الدعوة وصبيانهم

«مسألة» قال (ويقا تل أهل الكتاب والمجوس حتى يسلموا أو يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ويقا تل من سواهم من الكفار حتى يسلموا)

وجملته أن الكفار ثلاثة أقسام :

قسم أهل كتاب ، وهم اليهود والنصارى ومن اتخذ التوراة والإنجيل كتاباً كالسامرة والفرنج ونحوهم فهؤلاء تقبل منهم الجزية ويقرون على دينهم إذا بذلوا لقول الله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون

ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون)

وقسم لهم شبهة كتاب وهم المجوس ، فحكمهم حكم أهل الكتاب في قبول الجزية منهم وإقرارهم بها لقول النبي (ص) : سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في هذين القسمين

وقسم لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب ، وهم من عدا هذين القسمين من عبدة الأوثان ومن عبد ما استحسن وسائر الكفار فلا تقبل منهم الجزية ولا يقبل منهم سوى الاسلام ، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي .

وروى عن أحمد أن الجزية تقبل من جميع الكفار إلا عبدة الأوثان من العرب ، وهو مذهب أبي حنيفة لأنهم يقرون على دينهم بالاسترقاق فيقرون ببذل الجزية كالمجوس . وحكى عن مالك أنها تقبل من جميع الكفار إلا كفار قريش لحديث بريدة الذي في المسألة قبل هذه وهو عام ، ولأنهم كفار فاشبهوا بالمجوس ولنا عموم قوله تعالى (اقتلوا المشركين) وقول النبي صلى الله عليه وسلم : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، خص منهما أهل الكتاب بقوله تعالى (من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) والمجوس بقوله : سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، فمن عداها يبقى على مقتضى العموم ولأن الصحابة رضي الله عنهم توقفوا في أخذ الجزية من المجوس ولم يأخذ عمر منهم الجزية حتى روى له عبد الرحمن بن عوف أن النبي (ص) قال : سنوا بهم سنة أهل الكتاب ،

وثبت عندهم أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر . وهذا يدل على أنهم لم يقبلوا الجزية ممن سواهم ، فإنهم إذا توقفوا فيمن له شبهة كتاب ففيمن لا شبهة له أولى ، ثم أخذ الجزية منهم للخبر المختص بهم فيدل على أنهم لم يأخذوها من غيرهم ، ولأن قول النبي عليه السلام : سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، يدل على اختصاص أهل الكتاب ببذل الجزية ، اذ لو كان عاما في جميع الكفار لم يختص أهل الكتاب بإضافتها إليهم ، ولأنهم تغلظ كفرهم لكفرهم بالله وجميع

كتبه ورسله ، ولم تكن لهم شبهة فلم يقرؤا ببذل الجزية كقريش وعبدية الاوثان من العرب ، ولأن تغليظ الكفر له أثر في تحتم القتل ، وكونه لا يقر بالجزية بدليل المرتد .

وأما المجوس فإن لهم شبهة كتاب ، والشبهة تقوم مقام الحقيقة فيما يبنى على الاحتياط فحرمت دماؤهم ، ولم يثبت حل نساءهم وذبايحهم ، لأن الحل لا يثبت بالشبهة ، ولأن الشبهة لما اقتضت تحريم دمايتهم اقتضت تحريم ذبايحهم ونسائهم ليثبت التحريم في الموضع كما تغليباً له على الإباحة ، ولا نسلم أنهم يقرؤن على دينهم بالاسترقاق .

«مسألة ، قال (وواجب على الناس اذا جاء العدو أن ينفروا المقل منهم والمكثر ولا يخرجوا الى العدو الا باذن الامير الا أن يفجأهم عدو غالب يخافون كلبه فلا يمكنهم أن يستأذنوه)

قوله المقل منهم والمكثر ، يعنى به والله أعلم الغنى والفقير ، أى مقل من المال ومكثر منه ، ومعناه أن النفير يعم جميع الناس ممن كان من أهل القتال حين الحاجة الى نفيرهم لمجىء العدو اليهم ، ولا يجوز لأحد التخلف الا من يحتاج الى تخلفه لحفظ المكان والاهل والمال ومن يمنعه الامير من الخروج أو من لا قدرة له على الخروج أو القتال ، وذلك لقول الله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) وقول النبى صلى الله عليه وسلم « اذا استنفرتم فانفروا »

وقد ذم الله تعالى الذين أرادوا الرجوع الى منازلهم يوم الاحزاب فقال تعالى (ويستأذن فريق منهم النبى يقولون ان يوتنا عورة وما هي بعورة ان يريدون الا فرارا) ولأنهم اذا جاء العدو حصار الجهاد عليهم فرض عين فوجب على الجميع فلم يحز لأحد التخلف عنه .

فاذا ثبت هذا فانهم لا يخرجون الا باذن الامير لأن أمر الحرب موكل اليه وهو أعلم بكثرة العدو وقتلهم ، ومكان العدو وكيدهم ، فينبغى أن يرجع الى رأيه لأنه أحوط المسلمين ، الا أن يتعذر استثنائه لمفاجأة عدوهم لهم فلا يجب استثنائه ، لأن المصلحة تتعين في قتالهم والخروج اليهم لتعين الفساد في تركهم ،

ولذلك لما أغار الكفار على لقاح النبي صلى الله عليه وسلم فصادفهم سلمة بن
الأكوع خارجاً من المدينة تبعهم فقاتلهم من غير إذن فدحه النبي صلى الله عليه
وسلم وقال : خير رجائنا سلمة بن الأكوع ، وأعطاه سهم فارس وراجل .

(فصل)

وسئل أحمد عن الإمام إذا غضب على الرجل فقال أخرج عليك أن لا تصحبني
فنادى بالنفير يكون إذناً له ؟ قال لا إنما قصد له وحده فلا يصحبه حتى يأذن له ،
قال وإذا نودي بالصلاة والنفير ، فإن كان العدو بالبعد إنما جاءهم طليعة العدو
صلوا ونفروا إليهم ، وإذا استغاثوا بهم وقد ورد العدو أغاثوا ونصروا وصلوا
على ظهور دوابهم ويومون ، والغياث عندي أفضل من صلاة الجماعة ، والطالب
والمطلوب في هذا الموضع يصلي على ظهر دابته وهو يسير أفضل إن شاء الله تعالى .
وإذا سمع النفير وقد أقيمت الصلاة ، يصلي ويخفف ويتم الركوع والسجود ويقرأ
بسر قصار ، وقد نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو جنب ،
يعني غسيل الملائكة حنظلة بن الراهب قال : ولا يقطع الصلاة إذا كان فيها ،
وإذا جاء النفير والإمام يخطب يوم الجمعة لا ترى أن ينفروا ؟ قال ولا تنفرا الخيل
إلا على حقيقة ، ولا تنفروا على الغلام إذا أبق إذا أنفروهم فلا يكون هلاك الناس
بسبب غلام ، وإذا نادى الإمام الصلاة جامعة لا يمر يحدث فيشاور فيه لم يتخلف
عنه أحد إلا من عذر .

« مسألة ، قال (ولا يدخل مع المسلمين من النساء إلى أرض العدو إلا الطائفة
في السن لسقي الماء ومعالجة الجرحى كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم)

وجملته أنه يكره دخول النساء الشواب أرض العدو لأنهن لسن من أهل
القتال وقلما ينتفع بهن فيه لاستيلاء الخور والجبن عليهن ولا يؤمن ظفر العدو بهن
فيستحلون ما حرم الله منهن .

وقد روى حشر بن زياد عن جدته أم أيه أنها خرجت مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه
وسلم فبعث إلينا فجئنا فرأينا منه الغضب فقال : مع من خرجتن ؟ ، فقلنا يا رسول الله

خرجنا نغزل الشعر ونعين به في سبيل الله ومعنا دواء للجرحى وتناول السهام ونسقى السويق فقال « قن ، حتى إذا فتح الله خير أسهم لنا كما أسهم للرجال ، فقلت لها يا جدة ما كان ذلك ؟ قالت تمراً ، قيل للأوزاعي : هل كانوا يغزون معهم بالنساء في الصوائف ؟ قال لا إلا بالجوارى ، فأما المرأة الطاعنة في السن وهي الكبيرة إذا كان فيها نفع مثل سقى الماء ومعالجة الجرحى فلا بأس به ، لما روينا من الخبر ، وكانت أم سليم ونسيبة بنت كعب تغزوان مع النبي (ص) . فأما نسيبة فكانت تقاتل وقطعت يدها يوم اليامة ، وقالت الربيع : كنا نغزو مع النبي صلى الله عليه وسلم لسقى الماء ومعالجة الجرحى .

وقال أنس : كان رسول الله (ص) يغزو بأم سليم ونسوة معها من الانصار يسقين الماء ويداوين الجرحى . قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح .
فإن قيل فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يخرج معه من تقع عليها القرعة من نسائه وخرج بعائشة مرات ؟

قيل : تلك امرأة واحدة يأخذها لحاجته اليها ، ويجوز مثل ذلك للأمير عند حاجته ، ولا يرخص لسائر الرعية لثلا يفضى الى ما ذكرنا .

(فصل)

ينبغي للأمير أن يرفق بجيشه ويسير بهم سير أضعفهم لثلا يشق عليهم ، وإن دعت الحاجة الى الجد في السير جاز له ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم جد في السير جداً شديداً حين بلغه قول عبد الله بن أبي (ليخرجن الأعز منها الأذل) ليشغل الناس عن الخوض فيه ، وإن عمر جد في السير حين استصرخ على صفية امرأته ، ولا يميل الأمير مع موافقيه في المذهب والنسب على مخالفته فيها لثلا يكسر قلوبهم فيخذلونه عند حاجته اليهم ، ويكثر المشاورة لذوى الراى من أصحابه ، فإن الله تعالى قال (وشاورهم فى الأمر) ويتخير المنازل لأصحابه ، وإذا وجد رجل رجلاً قد أصيبت فرسه ومع الآخر فضل استحب له حمله ولم يجب ، نص عليه أحمد ، فإن خاف تلفه فقال القاضى يجب عليه بذل فضل مركوبه ليحيى به صاحبه كما يلزمه بذل فضل طعامه للبضطر اليه وتخليصه من عدوه .

(فصل) وسئل أحمد عن الرجلين يشتريان الفرس بينهما يغزوان عليه يركب

هذا عقبه وهذا عقبه ما سمعت فيه شيء وأرجو أن لا يكون به بأس ، قيل له أيما أحب إليك ؟ يعتزل الرجل في الطعام أو يرافق ؟ قال يرافق هذا أرفق يتعاونون وإذا كنت وحدك لم يمكنك الطبخ ولا غيره فلا بأس بالنهد قد تناهد الصالحون كان الحسن إذا سافر ألقى معهم ويزيد أيضا بعد ما يلقى ، ومعنى النهد أن يخرج كل واحد من الرفقة شيئا من النفقة يدفعونه إلى رجل يتفق عليهم منه وياكلون جميعا وكان الحسن البصري يدفع إلى وكيلهم مثل واحد منهم ثم يعود فيأتي سراً بمثل ذلك يدفعه إليه .

وقال أحمد : ما أرى أن يغزو ومعه مصحف ، يعني لا يدخل به أرض العدو لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو ، رواه أبو داود والاثرم .

مسألة ، قال (وإذا غزا الأمير بالناس لم يجوز لاحد أن يتعطف ولا يحتطب ولا يبارز علجا ولا يخرج من العسكر ولا يحدث حدثا الا بإذنه)

يعنى لا يخرج من العسكر لتعطف ، وهو تحصيل العلف للدواب ولا لاحتطاب ولا غيره الا بإذن الأمير لقول الله تعالى (إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله وإذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنوه) ولأن الأمير أعرف بحال الناس وحال العدو ومكانهم ومواضعهم وقربهم وبعدهم ، فإذا خرج خارج بغير إذنه لم يأمن أن يصادف كميناً للعدو فيأخذوه أو طليعة لهم أو يرسل الأمير بالمسلمين ويتركه فيهلك . وإذا كان بإذن الأمير لم يأذن لهم الا إلى مكان آمن ، وربما يبعث معهم من الجيش من يحرسهم ويطلع لهم ، وأما المبارزة فتجوز بإذن الأمير في قول عامة أهل العلم الا الحسن فإنه لم يعرفها وكرها .

ولما أن حمزة وعلياً وعبيدة بن الحارث بارزوا يوم بدر بإذن النبي صلى الله عليه وسلم ، وبارز علي عمرو بن عبد ود في غزوة الخندق فقتله ، وبارز مرحباً يوم حنين ، وقيل بارزه محمد بن مسلمة وبارزه قبل ذلك عامر بن الأكوع فاستشهد ، وبارز البراء بن مالك مرزبان الذارة فقتله وأخذ سلبه . فبلغ ثلاثين ألفاً ،

وروى عنه أنه قال : قتلت تسعة وتسعين رئيساً من المشركين مبارزة سوى من شاركته فيه ، وبارز شير بن علقمة أسواراً فقتله فبلغ سلبه اثني عشر ألفاً ، فقتله إياه سعد ، ولم يزل أصحاب النبي (ص) يبارزون في عصر النبي صلى الله عليه وسلم وبعده ولم ينكره منكر فكان ذلك إجماعاً ، وكان أبوذر يقسم أن قوله تعالى (هذان خصمان اختصموا في ربهم) نزلت في الذين تبارزوا يوم بدر ؛ وهم حمزة وعلى وعبيدة بارزوا عتبة وشيبة والوليد بن عتبة . وقال أبو قتادة : بارت رجلاً يوم حنين فقتلته .

إذا ثبت هذا فإنه ينبغي أن يستأذن الأمير في المبارزة إذا أمكن ، وبه قال الثوري وإسحاق ورخص فيها مالك والشافعي وابن المنذر لحبر أبي قتادة فإنه لم يعلم أنه استأذن النبي صلى الله عليه وسلم ، وكذلك أكثر من حكينا عنهم المبارزة لم يعلم منهم استئذان .

ولنا أن الإمام أعلم بفروسان العدو ومتى برز الإنسان إلى من لا يطيقه كان معرضاً نفسه للهلاك فيكسر قلوب المسلمين فينبغي أن يفوض ذلك إلى الإمام ليختار للمبارزة من يرضاه لها فيكون أقرب إلى الظفر وجبر قلوب المسلمين وكسر قلوب المشركين ، فإن قيل فقد أبحتم له أن ينغمس في الكفار وهو سبب لقتله قلنا إذا كان مبارزاً تعلق قلوب الجيش به وارتقبوا ظفروه ، فإن ظفر جبر قلوبهم وسرم وكسر قلوب الكفار ، وإن قتل كان بالعكس ؛ والمنغمس يطلب الشهادة لا يترقب منه ظفر ولا مقاومة فافترقا .

وأما مبارزة أبي قتادة فغير لازمة فإنها كانت بعد التحام الحرب رأى رجلاً يريد أن يقتل مسلماً فضربه أبو قتادة ، فالتفت إلى أبي قتادة فضمه ضمة كاد يقتله ، وليس هذا هو المبارزة المختلف فيها ، بل المختلف فيها أن يبرز رجل بين الصنفين قبل التحام الحرب يدعو إلى المبارزة ، فهذا هو الذي يعتبر له إذن الإمام ، لأن عين الطائفتين تمتد إليها وقلوب الفريقين تتعلق بهما وأيهما غلب سر أصحابه وكسر قلوب أعدائه بخلاف غيره .

إذا ثبت هذا فالمبارزة تنقسم ثلاثة أقسام : مستحبة ومباحة ومكروهة . أما المستحبة فإذا خرج عالج يطلب البراز استحب لمن يعلم من نفسه القوة والشجاعة

مبارزته باذن الأمير لأن فيه رداً عن المسلمين وإظهاراً لقوتهم ، والمباح أن يتدبى الرجل الشجاع بطلبها فيباح ، ولا يستحب لأنه لا حاجة اليها ولا يأمن أن يغلب فيكسر قلوب المسلمين ، إلا أنه لما كان شجاعاً واثقاً من نفسه أبيع له لأنه بحكم الظاهر غالب ، والمكروه أن يبرز الضعيف المنة الذي لا يثق من نفسه فتكره له المباراة لما فيه من كسر قلوب المسلمين بقتله ظاهراً .

(فصل) إذا خرج كافر يطلب البراز جاز رمية وقتله لأنه مشرك لا عهد له ولا أمان له فأبيع قتله كغيره إلا أن تكون العادة جارية بينهم أن من خرج يطلب المباراة لا يعرض له فيجرب ذلك مجرى الشرط . وإذا خرج إليه أحد يبارزه بشرط أن لا يعينه عليه سواه وجب الوفاء بشرطه لأن المؤمنين عند شروطهم ، فان انهزم المسلم تاركاً للقتال أو مشخناً بجراحته جاز لكل أحد قتاله لان المسلم اذا صار الى هذه الحال فقد انقضى قتاله ، وان كان المسلم شرط عليه أن لا يقاتل حتى يرجع الى صفه وفي له بالشرط الا أن يترك قتاله أو تخننه بالجراح فيتبعه ليقتله أو يجيز عليه فيجوز أن يحولوا بينه وبينه فان قاتلهم قاتلوه لأنه اذا منعهم انقاذه فقد نقض أمانه ، وان أعان الكفار صاحبهم فعلى المسلمين ان يعينوا صاحبهم أيضا ويقاتلون من أعان عليه ولا يقاتلونه لأنه ليس بصنع من جهته ، فان كان قد استنجدهم أو علم منه الرضا بفعلهم صار ناقضاً لأمانه وجاز لهم قتله . وذكر الاوزاعي أنه ليس للمسلمين معاونة صاحبهم وان أئخن بالجراح ، قيل له نخاف المسلمون على صاحبهم ؟ قال وان لان المباراة إنما تكون هكذا ، ولكن لو حجزوا بينها وخلقوا سبيل العلاج ، قال فان أعان العدو صاحبهم فلا بأس أن يعين المسلمون صاحبهم . ولنا أن حمزة وعلياً أعانا عبدة بن الحارث على قتل شيبة بن ربيعة حين أئخن عبدة .

(فصل) وتجوز الخدعة في الحرب للمبارز وغيره ، لان النبي (ص) قال « الحرب خدعة » وهو حديث حسن صحيح وروى أن عمرو بن عبد ود بارز علياً كرم الله وجهه فلما أقبل عليه قال على ما برزت لاقاتل اثنين ، فالتفت عمرو فوثب عليه فضربه ، فقال عمرو خدعتنى ، فقال على . الحرب خدعة .

(فصل) قال أحمد : إذا غزوا في البحر فأراد رجل أن يقيم بالساحل يستأذن الوالي الذي هو على جميع المراكب ولا يجزئه أن يستأذن الوالي الذي في مركبه

« مسألة ، قال (ومن أعطى شيئاً يستعين به في غزاته فما فضل فهو له فإن لم يعط لغزاة بعينها رد ما فضل في الغزو)

وجملته أن من أعطى شيئاً من المال يستعين به في الغزو لم يخل إما أن يعطى لغزوة بعينها أو في الغزو مطلقاً ، فإن أعطى لغزوة بعينها فما فضل بعد الغزو فهو له . هذا قول عطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وكان ابن عمر إذا أعطى شيئاً في الغزو يقول لصاحبه إذا بلغت وادي القرى فشأنك به ، ولأنه أعطاه على سبيل المعاونة والنفقة لا على سبيل الاجارة فكان الفاضل له ، كما لو وصى أن يبيع عنه فلان حجة بألف ، وإن أعطاه شيئاً لينفقه في سبيل الله أو في الغزو مطلقاً ففضل منه فضل أنفقه في غزاة أخرى لأنه أعطاه الجميع لينفقه في جهة قريبة فله من اتفاق الجميع فيها كما لو وصى أن يبيع عنه بألف .

(فصل) ومن أعطى شيئاً ليستعين به في الغزو فقال أحمد لا يترك لأهله منه شيئاً لأنه ليس يملكه إلا أن يصير إلى رأس مغزاة فيكون كهيئة ماله فيبعث إلى عياله منه ولا يتصرف فيه قبل الخروج لئلا يتخلف عن الغزو فلا يكون مستحقاً لما أنفقه إلا أن يشتري منه سلاحاً أو آلة الغزو فإن قصد إعطائه لمن يغزو به فقال أحمد لا يتخذ منه سفرة فيها طعام فيطعم منها أحداً لأنه إنما أعطيها لينفقه في جهة مخصوصة وهي الجهاد .

« مسألة ، قال (وإذا حمل الرجل على دابة فإذا رجع من الغزو ففيه له إلا أن يقول هي حبيس فلا يجوز أن تباع إلا أن تصير في حال لا تصلح فيه للغزو فتباع وتجعل في حبيس آخر ، وكذلك المسجد إذا ضاق بأهله إذا كان في مكان لا ينتفع به جاز أن يباع ويجعل في مكان ينتفع به ؛ وكذلك الأضحية إذا أبدلها بخير منها)

قوله : حمل الرجل على دابة يعني أعطيها ليغزو عليها فإذا غزا عليها ملكها

كما يملك النفقة المدفوعة اليه الا أن تكون عارية فتكون لصاحبها أو حبيسا فتكون حبيسا بحاله .

قال عمر رضي الله عنه حملت على فرس عتيق في سبيل الله فأضاعه صاحبه الذي كان عنده فأردت أن أشتريه وظننته بائعه برخص فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا تشتريه ولا تعد في صدقتك : وان أعطاك بدرهم فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه ، متفق عليه .

وهذا يدل على أنه ملكه لولا ذلك ما باعه ويدل على أنه ملكه بعد الغزو لأنه أقامه للبيع بالمدينة ولم يكن ليأخذه من عمر ثم يقيمه للبيع في الحال فدل على أنه أقامه للبيع بعد غزوه عليه ، وذكر أحمد نحوه من هذا الكلام وسئل متى يطيب له الفرس ؟ قال إذا غزا عليه ، قيل له فإن العدو جاءنا فخرج على هذا الفرس في الطلب إلى خمس فراسخ ثم رجع ، قال : لا حتى يكون غزا ، قيل له لحديث ابن عمر إذا بلغت وادي القرى فشأنك به ، قال ابن عمر كان يصنع ذلك في ماله ورأى أنه إنما يستحقه إذا غزا عليه وهذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب وسالم والقاسم ويحيى الأنصاري ومالك والليث والثوري ونحوه عن الأوزاعي .

قال ابن المنذر : ولا أعلم أحدا يقول إن له يبيعه في مكانه وكان مالك لا يرى أن ينتفع بثمنه في غير سبيل الله الا أن يقول له شأنك به ما أردت .

ولنا : حديث عمر وليس فيه ما اشترط مالك ، فأما إذا قال هي حبيس فلا يجوز بيعها وقد سبق شرح هذه المسألة في باب الوقف ويأتي شرح حكم الأضحية في بابها ان شاء الله .

(فصل) قال أحمد لا يركب دواب السبيل في حاجه ويركبها ويستعملها في سبيل الله ولا يركب في الأنهار والقرى ولا بأس أن يركبها ويعملها وأكره سباق الرمك على الفرس الحبيس وسهم الفرس الحبيس لمن غزا عليه ولا يباع الفرس الحبيس الا من علة إذا عطب يصير للطحن ويصير ثمنه في مثله أو ينفق ثمنه على الدواب الحبيس وإذا أراد أن يشتري فرسا ليحمل عليه فقال أحمد يستحب شراؤها من غير الثغر ليكون توسعة على أهل الثغر في الجلب .

« مسألة ، قال (وإذا سبي الإمام فهو مخير ان رأى قتلهم وان رأى من عليهم وأطلقهم بلا عوض ، وان رأى أطلقهم على مال يأخذه منهم ، وان رأى قاضى بهم ، وإن رأى استرقهم ، أى ذلك رأى فيه نكايه للعدو وحفظاً للمسلمين فعل)

وجملته . أن من أسر من أهل الحرب على ثلاثة أضرب .
أحدها : النساء والصبيان فلا يجوز قتلهم ويصرون رقيقاً للمسلمين بنفس السبب لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء والولدان ، متفق عليه ، وكان عليه السلام يسترقهم إذا سباهم .

الثانى : الرجال من أهل الكتاب والمجوس الذين يقرون بالجزية فيخير الإمام فيهم بين أربعة أشياء . القتل والمن بغير عوض والمفاداة بهم واسترقاقهم .

الثالث : الرجال من عبدة الأوثان وغيرهم ممن لا يقر بالجزية فيتخير الإمام فيهم بين ثلاثة أشياء ، القتل أو المن والمفاداة ولا يجوز استرقاقهم ، وعن أحمد جواز استرقاقهم وهو مذهب الشافعى وبما ذكرنا فى أهل الكتاب ، قال الأوزاعى والشافعى وأبو ثور ، وعن مالك كذهبنا عنه لا يجوز المن بغير عوض لأنه لا مصلحة فيه وإنما يجوز للإمام فعل ما فيه المصلحة .

وحكى عن الحسن وعطاء وسعيد بن جبير كراهة قتل الأسرى وقالوا لو من عليه أو فاداه كما صنع بأسارى بدر ولأن الله تعالى قال (فشدوا الوثاق فإما مناً بعد وإما فداء) فخير بين هذين بعد الأسر لا غير .

وقال أصحاب الرأى : إن شاء ضرب أعناقهم وإن شاء استرقهم لا غير ، ولا يجوز من ولا فداء لأن الله تعالى قال (اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) بعد قوله (فإما مناً بعد وإما فداء) وكان عمر بن عبد العزيز وعيسى بن عتبة يقتلان الأسارى .

ولنا على جواز المن والفداء قول الله تعالى (فإما مناً بعد وإما فداء) وأن النبي (ص) من على ثمامة بن أثال وأبي عزة الشاعر وأبي العاص بن الربيع وقال فى أسارى بدر « لو كان مطعم بن عدي حياً ثم سألتنى فى هؤلاء لآطقتهم له ،

وقادى أسارى بدر وكانوا ثلاثة وسبعين رجلا كل رجل منهم بأربعمائة وقادى يوم بدر رجلا برجلين وصاحب العضباء برجلين .

وأما القتل فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل رجال بنى قريظة وهم بين السماء والسماء وقاتل يوم بدر النضر بن الحارث وعقبة بن أبي معيط صبياً وقاتل أبا عزة يوم أحد وهذه قصص عمت واشتهرت وفعلها النبي صلى الله عليه وسلم مرات وهو دليل على جوازها ولأن كل خصلة من هذه الخصال قد تكون أصلح في بعض الأسرى فإن منهم من له قوة ونكاية في المسلمين وبقاؤه ضرر عليهم فقتله أصلح ومنهم الضعيف الذي له مال كثير فقداؤه أصلح ، ومنهم حسن الرأي في المسلمين يرجى إسلامه بالمن عليه أو معونته للمسلمين بتخليص أسراهم والدفع عنهم فالمن عليه أصلح ، ومنهم من ينتفع بخدمته ويؤمن شره فاسترقاقه أصلح كالنساء والصبيان والامام اعلم بالمصلحة فينبغي ان يفوض ذلك اليه وقوله تعالى (اقتلوا المشركين) عام لا ينسخ به الخاص بل ينزل على ما عدا المخصوص ولهذا لم يحرموا استرقاقه ، فأما عبدة الاوثان ففي استرقاقهم روايتان .

احدهما : لا يجوز ، وهو مذهب الشافعى ، وقال ابو حنيفة يجوز في العجم دون العرب بناء على قوله في اخذ الجزية .

والثاني انه كافر لا يقر بالجزية فلم يقر بالاسترقاق كالمرتد ، وقد ذكرنا الدليل عليه . اذا ثبت هذا : فان هذا تخير مصلحة واجتهاد لا تخير شهوة فتى رأى المصلحة في خصلة من هذه الخصال تعينت عليه ولم يحجز العدول عنها ومتى تردد فيها فالقتل اولى . قال مجاهد في اميرين .

احدهما : يقتل الاسرى وهو افضل ، وكذلك قال مالك ، وقال اسحاق الانخان احب الى الا أن يكون معروفا يطعم به في الكثير .

(فصل) وان اسلم الاسير صار رقيقا في الحال وزال التخيير وصار حكمه حكم النساء ، وبه قال الشافعى في احد قولي .

وفي الآخر يسقط القتل ويتخير بين الخصال الثلاث لما روى ان اصحاب رسول الله (ص) اسروا رجلا من بنى عقيل فر به النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا محمد علام اخذت واخذت سابقة الحاج فقال اخذت بجريرة حلفائك من ثقيف

فقد أسرت رجلين من أصحابي فمضى النبي صلى الله عليه وسلم فناداه يا محمد يا محمد فقال له وما شأنك ؟ ، فقال إني مسلم فقال دلو قلتها وأنت تملك أمرك لأفلمت كل الفلاح ، وفادى به النبي صلى الله عليه وسلم الرجلين رواه مسلم ولأنه سقط القتل بإسلامه فبقى باقي الخصال على ما كانت عليه .

ولنا أنه أسير يحرم قتله فصار رقيقا كالمرأة . والحديث لا ينافي رقه فقد يفادى بالمرأة وهي رقيق كما روى سلمة بن الأكوع أنه غزا مع أبي بكر فنقله امرأة فوهبها للنبي صلى الله عليه وسلم فبعث بها إلى أهل مكة وفي أيديهم أسارى ففداهم بتلك المرأة إلا أنه لا يفادى به ولا يمين عليه إلا بإذن الغانمين لأنه صار مالا لهم ويحتمل أن يجوز الممن عليه لأنه كان يجوز الممن عليه مع كفره فمع إسلامه أولى لكون الإسلام حسنة يقتضى إكرامه والانعقاد عليه لا منع ذلك في حقه ولا يجوز رده إلى الكفار إلا أن يكون له ما يمنعه من المشركين من عشيرة أو نحوها وإنما جاز فداؤه لأنه يتخلص به من الرق

فأما إن أسلم قبل أسره حرم قتله واسترقاقه والمفاداة به سواء أسلم وهو في حصن أو جوف أو مضيق أو غير ذلك لأنه لم يحصل في أيدي الغانمين بعد .
(فصل) فان سأل الأسارى من أهل الكتاب تخليتهم على إعطاء الجزية لم يجز ذلك في نسائهم وذرائعهم لأنهم صاروا غنيمة بالسبي
وأما الرجال فيجوز ذلك فيهم ولا يزول التخيير الثابت فيهم وقال أصحاب الشافعي يحرم قتلهم كما لو أسلموا .

ولنا : أنه بدل لا تلزم الاجابة إليه فلم يحرم قتلهم كيدل عبدة الاوثان .
(فصل) وإذا أسر العبد صار رقيقا للمسلمين . لأنه مال لهم استولى عليه فكان للغانمين كالبهيمة وان رأى الامام قتله اضرر في بقائه جاز قتله . لأن مثل هذا لا قيمة له فهو كالمرتد .

وأما من يحرم قتلهم غير النساء والصبيان كالشيخ والزمن والاعمى والراهب فلا يحل سبيهم لأن قتلهم حرام ولا نفع في اقتنائهم .

(فصل) ذكر أبو بكر أن الكافر اذا كان مولى مسلم لم يجز استرقاقه . لأن في استرقاقه تفويت ولاء المسلم المعصوم . وعلى قوله لا يسترق ولده أيضا اذا كان

عليه ولأهله ، وإن كان معتقه ذمياً جاز استرقاقه ، لأن سيده يجوز استرقاقه فاسترقاق مولاه أولى . وهذا مذهب الشافعي ، وظاهر كلام الخرقى جواز استرقاقه لأنه يجوز قتله وهو من أهل الكتاب فجاز استرقاقه كغيره . ولأن سبب جواز الاسترقاق قد تحقق فيه وهو الاستيلاء عليه مع كون مصلحة المسلمين في استرقاقه ، ولأنه إن كان المسي امرأة أو صبياً لم يحز فيه سوى الاسترقاق فيتعين ذلك فيه ، وما ذكره يطل بالقتل فإنه يفوت الولاء وهو جائز فيه . وكذلك من عليه ولأهله لذي يجوز استرقاقه . وقولهم إن سيده يجوز استرقاقه غير صحيح ، فإن الذي لا يجوز استرقاقه ولا تفويت حقوقه ، وقد قال على رضي الله عنه : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا .

«مسئلة» قال : (وسبيل من استرق منهم وما أخذ منهم على إطلاقهم سبيل تلك الغنيمة) .

يعنى من صار منهم رقيقاً بضرب الرق عليه أو فودى بمال فهو كسائر الغنيمة يخمس ثم يقسم أربعة أخماسه بين الغنائين . لا نعلم في هذا خلافاً فإن النبي (ص) قسم فداء أسارى بدر بين الغنائين ، ولأنه مال غنمه المسلمون فأشبهه الخيل والسلاح . فإن قيل فالأسرى لم يكن للغنائين فيه حق فكيف تعلق حقهم ببذله ، قلنا : إنما يفعل الإمام في الاسترقاق ما يرى فيه المصلحة لأنه لم يصر مالا ، فإذا صار مالا تعلق حق الغنائين به لأنهم أسروه وقهروه وهذا لا يمنع . ألا ترى أن من عليه الدين إذا قتل قتلًا يوجب القصاص **كان** لورثته الخيار ، فإذا اختاروا الدية تعلق حق الغرماء بها .

«مسألة» قال : (وإنما يكون له استرقاقهم إذا كانوا من أهل الكتاب أو مجوساً ، فأما ماسوى هؤلاء من العدو فلا يقبل من بالغى رجالهم إلا الإسلام أو السيف أو الفداء)

قد ذكرنا فيما تقدم أن غير أهل الكتاب لا يجوز استرقاق رجالهم في إحدى الروايتين .

فصل

فأما النساء والصبيان فيصرون رقيقا بالسبي ، ومنع أحد من فداء النساء بالمال لأن في بقائهن تعريضا لهن للاسلام لبقائهن عند المسلمين ، وجوز أن يفادى بهن أسارى المسلمين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قاضى بالمرأة التي أخذها من سلمة بن الأكوع ، ولأن في ذلك استنقاذ مسلم متحقق إسلامه ، فاحتمل تقويت غرضية الاسلام من أجله . ولا يلزم من ذلك احتمال فواتها لتحصيل المال . فأما الصبيان فقال أحمد : لا يفادى بهم ، وذلك لأن الصبي يصير مسلما بإسلام سائيه فلا يجوز رده الى المشركين . وكذلك المرأة اذا أسلمت لم يجوز ردها الى الكفار بفداء ولا غيره لقول الله تعالى (فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن) ولأن في ردها اليهم تعريضا لها للرجوع عن الاسلام واستحلال مالا يحل منها ، وإن كان الصبي غير محكوم باسلامه كالذى سبى مع أبويه لم يجوز فداؤه بمال وهل يجوز فداؤه بمسلم ؟ يحتمل وجهين .

(فصل) ولم يجوز أحمد بيع شيء من رقيق المسلمين لكافر سواء كان الرقيق مسلما أو كافرا وهذا قول الحسن . قال أحمد : ليس لأهل الذمة أن يشتروا عما سبى المسلمون شيئا قال : وكتب عمر بن الخطاب ينهى عنه أمراء الامصار . هكذا حكى أهل الشام وليس له إسناد ، وجوز أبو حنيفة والشافعي ذلك لانه لا يمنع من اثبات يده عليه فلا يمنع من ابتدائه كالمسلم .

ولنا قول عمر ولم ينكر فيكون اجماعا ولأن فيه تقويتا للاسلام الذى يظهر وجوده فانه اذا بقى رقيقا للمسلمين الظاهر اسلامه فيفوت ذلك يبيعه لكافر بخلاف ما اذا كان رقيقا لكافر في ابتدائه فانه لم يثبت له هذه الغرضية والدوام يخالف الابتداء لقوته

(فصل) ومن أسر أسيرا لم يكن له قتله حتى يأتى به الامام فيرى فيه رأيه لانه اذا صار أسيرا فالخيرة فيه الى الامام ، وقد روى عن أحمد كلام يدل على اباحه قتله فانه قال لا يقتل أسير غيره الا أن يشاء الوالى ففهموه أنه له قتل أسيره بغير اذن الوالى لأن له أن يقتله ابتداء فكان له قتله دواما كما لو هرب منه أوقاتله ، فان امتنع الأسير أن يتقاد معه فله اكرامه بالضرب وغيره فان لم يمكنه اكرامه فله

قتله ، وإن خافه أو خاف مربيه فله قتله أيضا ؛ وإن امتنع من الاتقياد معه لجرح أو مرض فله قتله أيضا ، وتوقف أحمد عن قتله ، والاضحيج أنه يقتله كما يذوقت على جريحهم ، ولأن تركه حيا ضرر على المسلمين وتقوية للكفار فتعين القتل كحالة الابتداء إذا أمكنه قتله ، وكجريحهم إذا لم يأسره ، فأما أسير غيره فلا يجوز له قتله إلا أن يصير إلى حال يجوز قتله لمن أسره .

وقد روى يحيى بن أبي كثير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يتعاطين أحدكم أسير صاحبه إذا أخذه فيقتله » ، رواه سعيد ، فإن قتل أسيره أو أسير غيره قبل ذلك أساء ولم يلزمه ضمانه ، وبهذا قال الشافعي . وقال الأوزاعي : « إن قتله قبل أن يأتي به الإمام لم يضمنه » ، وإن قتله بعد ذلك غرم ثمنه لأنه أتلّف من الغنيمة ما له قيمة فضمنه ، كما لو قتل امرأة .

ولنا أن عبد الرحمن بن عوف أسر أمية بن خلف وابنه عليا يوم بدر فرأهما بلال فاستصرخ الاتصار عليهما حتى قتلوهما ولم يغرما شيئا ، ولأنه أتلّف ما ليس بمال فلم يغرّمه ، كما لو أتلّفه قبل أن يأتي به الإمام ، ولأنه أتلّف ما لا قيمة له قبل أن يأتي به الإمام فلم يغرّمه كما لو أتلّف كلبا ، فأما أن قتل امرأة أو صبيا غرمه لأنه صار رقيقا بنفس السبي

(فصل) ومن أسر فادعى أنه كان مسلما لم يقبل قوله إلا بيينة لأنه يدعى أمرا الظاهر خلافه يتعلق به إسقاط حق يتعلق برقبته ، فإن شهد له واحد حلف معه وخلي سبيله . وقال الشافعي : لا تقبل إلا شهادة عدلين لأنه ليس بمال ولا يقصد منه المال .

ولنا ما روى عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر : « لا يبقى منهم أحد إلا أن يقدى أو يضرب عنقه » ، فقال عبد الله بن مسعود : « ألا سهيل بن بيضاء فأنى سمعته يذكر الإسلام » ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ألا سهيل بن بيضاء » ، فقبل شهادة عبد الله وحده .

« مسألة » قال (أبو بكر) الإمام ومن استخلفه الإمام كما فعل النبي (ص) في بدايته الأربع بعد الخمس ، وفي رجعتة الثالث بعد الحسن (ص)

النفل زيادة تزداد على سهم الغازي ومنه نفل الصلاة وهو ما زيد على الفرض وقول الله تعالى (ووهبنا له إسحاق ويعقوب نافلة) كأنه سأل الله ولدا فأعطاه ما سأل وزاده ولدا ولدا والمراد بالبداية ههنا ابتداء دخول الحرب ، والرجعة رجوعه عنها والنفل في الغزو ينقسم ثلاثة أقسام :

أحدها : هذا الذي ذكره الخرقى : وهو أن الإمام أو نائبه إذا دخل دار الحرب غازيا بعث بين يديه سرية تغير على العدو ويجعل لهم الربع بعد الخمس فما قدمت به السرية من شيء أخرج خمسة ثم أعطى السرية ما جعل لهم وهو ربع الباقي . وذلك خمس آخر ثم قسم ما بقي في الجيش والسرية معه ، فإذا قفل بعث سرية تغير وجعل لهم الثلث بعد الخمس فما قدمت به السرية أخرج خمسة ، ثم أعطى السرية ثلث ما بقي ثم قسم سائره في الجيش والسرية معه ، وبهذا قال حبيب بن مسلمة والحسن والأوزاعي وجماعه وروى عن عمرو بن شعيب أنه قال لا نفل بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولعله يحتاج بقوله تعالى (يسألونك عن الإتيان قل الإتيان لله والرسول) يخصه بها وكان سعيد بن المسيب ومالك يقولان لا نفل الا من الخمس .

وقال الشافعي : يخرج من خمس الخمس لما روى ابن عمر ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله بن عمر فغنموا ابلا كثيرة فكانت سهمانهم اثني عشر بعيرا ونقلوا بعيرا بعيرا ، متفق عليه ، ولو أعطاهم من أربعة الاخماس التي هي لهم لم يكن نفلا وكان من سهامهم .

ولنا ما روى حبيب بن مسلمة الفهري قال : شهدت رسول الله (ص) نفل الربع في البداية والثلث في الرجعة ، وفي لفظه : أن رسول الله (ص) كان ينفل الربع بعد الخمس والثلث بعد الخمس إذا قفل ، رواها أبو داود وعن عبادة ابن الصامت : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينفل في البداية الربع ؛ وفي القول الثالث ، رواه الترمذي ، وقال هذا حديث حسن غريب .

وفي لفظ قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفلهم إذا خرجوا بآدين الربع وينفلهم إذا قفلوا الثالث رواه الحلال بإسناده ، وروى الأثرم بإسناده عن جرير بن عبد الله البجلي : أنه لما قدم على عمر في قومه قال له عمر : هل لك أن

ثاني الكوفة ، والك الثالث بعد الخمس من كل أرض وشيء ؟ ، وذكره ابن المنذر أيضا عن عمر .

وقال ابراهيم النخعي : ينفل السرية الثلث والرابع يغريهم بذلك ، فأما قول عمرو بن شعيب فإن مكحولاً قال له حين قال : لا نفل بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وذكر له حديث حبيب بن مسلمة : شغللك أكل الزبيب بالطائف ، وما ثبت للنبي صلى الله عليه وسلم ثبت للأئمة بعده ما لم يقيم على تخصيصه به دليل فأما حديث ابن عمر فهو حجة عليهم ، فإن بعيراً على اثني عشر يكون جزءاً من ثلاثة عشر وخمس الخمس جزء من خمسة وعشرين وجزء من ثلاثة عشر أكثر فلا يتصور أخذ الشيء من أقل منه ، يحققه أن الاثني عشر إذا كانت أربعة أخماس والبعير منها ثلث الخمس فكيف يتصور أخذ ثلث الخمس من خمس الخمس ؟ فهذا محال ، فتعين أن يكون ذلك من غيره أو أن النفل كان للسرية دون سائر الجيش ، على أن مارويناه صريح في الحكم فلا يعارض بشيء مستنبط يحتمل غير ما حمله عليه من استنبطه .

إذا ثبت هذا : فظاهر كلام أحمد : أنهم إنما يستحقون هذا النفل بالشرط السابق فإن لم يكن شرطه لهم فلا . فانه قيل له أليس قد نفل رسول الله صلى الله عليه وسلم في البداءة الربع وفي الرجوع الثلث ؟ قال : نعم ذلك إذا نفل وتقدم القول فيه ، فعلى هذا أن رأى الامام أن لا ينفلهم شيئاً فله ذلك ، وإن رأى أن ينفلهم دون الثلث والربع فله ذلك ، لأنه إذا جاز أن لا يجعل لهم شيئاً جاز أن يجعل لهم شيئاً بغيراً ولا يجوز أن ينفل أكثر من الثلث نص عليه أحمد ، وهو قول مكحول والاوزاعي والجمهور من العلماء .

وقال الشافعي : لا حد للنفل بل هو موكول إلى اجتهاد الامام لأن النبي صلى الله عليه وسلم نفل مرة الثلث وأخرى الربع ، وفي حديث ابن عمر ، نفل نصف السدس ، فهذا يدل على أنه ليس للنفل حد لا يتجاوزه الامام ، فينبغي أن يكون موكولاً إلى اجتهاده .

ولنا أن نفل النبي صلى الله عليه وسلم انتهى إلى الثلث فينبغي أن لا يتجاوزه وما ذكره الشافعي يدل على أنه ليس لأقل النفل حد ، وأنه يجوز أن ينفل أقل

من الثلث والرابع ونحن نقول به على أن هذا القول مع قوله أن النفل من خمس الخمس تناقض ، فإن شرط لهم الامام زيادة على الثلث ردوا اليه .

وقال الأوزاعي . لا ينبغي أن يشرط النصف فإن زادهم على ذلك فليفسد لهم به ويجعل ذلك من الخمس ، وإنما زيد في الرجعة على البداءة في النفل لمشتقتها فإن الجيش في البداءة رده للسرية تابع لها والعدو خائف وربما كان غاراً ، وفي الرجعة لا رده للسرية لأن الجيش منصرف عنهم والعدو مستيقظ كلب .

قال أحمد في البداءة إذا كان ذاهباً الربع وفي القفلة إذا كان في الرجوع الثلث لأنهم يشترقون إلى أهلهم فهذا أكبر .

القسم الثاني : أن ينفل الامام ببعض الجيش لعنائه وبأسه وبلائه أو لمكروه تحمله دون سائر الجيش .

قال أحمد : في الرجل يأمره الأمير يكون طليعة أو عنده يدفع إليه رأساً من السبي أو دابة قال إذا كان رجل له عناء ويقاقل في سبيل الله فلا بأس بذلك ، ذلك أنفع لهم يحرص هو وغيره يقاتلون ويغنمون ، وقال إذا نفل الامام صبيحة المغاور الخيل فيصيب بعضهم وبعضهم لا يأتي بشيء فللوالى أن يختار بعض هؤلاء الذين جاءوا بشيء دون هؤلاء ، وظاهر هذا أن له إعطاء من هذه حاله من غير شرط ، وحنة هذا حديث سلمه بن الأكوع أنه قال : أغار عبد الرحمن بن عيينة على إبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فاتبعهم — فذكر الحديث — فأعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم الفارس والراجل ، رواه مسلم وأبو داود : وعنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أبا بكر قال فبیتنا عدونا فقتلنا تسعة أهل أبيات وأخذت منهم امرأة فنفلناها أبو بكر فلما قدمت المدينة استوهبها مني رسول الله صلى الله عليه وسلم فوهبتها له ، رواه مسلم بمعناه .

القسم الثالث : أن يقول الأمير : من طلع هذا الحصن أو هدم هذا السور أو نقب هذا النقب أو فعل كذا فله كذا أو من جاء بأسير فله كذا فهذا جائز في قول أكثر أهل العلم منهم الثوري .

قال أحمد : إذا قال من جاء بعشر دواب أو بقر أو غنم فله واحد ، فمن جاء بخمسة أعطاه نصف ما قال لهم ، ومن جاء بشيء أعطاه بقدره ، قيل له إذا قال من

جاء بعلاج فله كذا وكذا فجاء بعلاج يطيب له ما يعطى ؟ قال نعم ، وكره مالك هذا القسم ولم يره وقال قتالهم على هذا الوجه إنما هو للدنيا وقال هو وأصحابه لا نفل إلا بعد إحراز الغنيمة ، قال مالك ولم يقتل رسول الله (ص) من قتل قتيلا فله سلبه ، إلا بعد أن برد القتال .

ولنا . ما تقدم من حديث حبيب وعيادة وما شرطه عمر الجوير بن عبد الله وقول النبي (ص) من قتل قتيلا فله سلبه ، ولأن فيه مصلحة وتحريضا على القتال لجاز كاستحقاق الغنيمة وزيادة السهم للفارس واستحقاق السلب ، وما ذكره يبطل بهذه المسائل .

وقوله ان النبي صلى الله عليه وسلم إنما جعل السلب للقاتل بعد أن برد القتال قلنا قوله : ذلك ثابت الحكم فيما يأتي من الغزوات بعد قوله فهو بالنسبة اليها كالمشروط في أول الغزاة ، قال القاضي : ولا يجوز هذا إلا إذا كان فيه مصلحة المسلمين ؛ وان لم يكن فيه فائدة لم يجز لأنه إنما يخرج على وجه المصلحة فاعتبرت الحاجة فيه كأجرة الحمال والحافظ .

إذا ثبت هذا : فإن النفل لا يختص بنوع من المال وذكر الحلال انه لا نفل في الدراهم والدنانير ، وهو قول الأوزاعي ؛ لأن القاتل لا يستحق شيئا منها ، فكذلك غيره .

ولنا حديث حبيب بن مسلمة وعيادة وجريز . فإن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لهم الثلث والربع وهو عام في كل ما غنموه ، ولأنه نوع مال لجاز النفل فيه كسائر الأموال ، وأما القاتل فإنما نفل السلب وليست الدراهم والدنانير من السلب فلم يستحق غير ما جعل له .

(فصل) نقل أبو داود عن أحمد انه قال له إذا قال من رجع الى الساقة فله دينار والرجل بعمل في سياقة الغنم قال لم يزل أهل الشام يفعلون هذا وقد يكون في رجوعهم الى الساقة وسياقة الغنم منفعة : قيل له فإن اغار على قرية فنزل فيها والسبي والدواب والحرق معهم في القرية ويجمع الناس من جمعه التكسل لا يخافون عليه العدو فيقول الامام من جاء بعشرة أثواب فله ثوب ومن جاء بعشرة رؤوس فله رأس ، قال أرجو ان لا يكون به بأس قيل له فإن قال من جاء بعدل من دقيق

الروم فله دينار يريد طعام النبي ، ما ترى في اخذ الدينار ؟ فلم ير به بأساً ، قيل فالامام يخرج السرية وقد نفلهم جميعاً فلما كان يوم المغار نادى من جاء بعشرة رؤس فله رأس ، ومن جاء بكذا فله كذا ، فيذهب الناس فيطلبون فما ترى في هذا النفل قال لا بأس به اذا كان يحرضهم على ذلك ما لم يستغرق الثلث ، قلت فلا بأس بنفلين في شيء واحد ؟ قال نعم ما لم يستغرق الثلث غير مرة سمعته يقول ذلك .

فصل

ويجوز للامام ونائبه أن يبذلا جملاً لمن بدله على ما فيه مصلحة للمسلمين ، مثل طريق سهل أو ماء في مفازة أو قلعة يفتحها أو مال يأخذه أو عدو يغير عليه أو ثغرة يدخل منها ، لا نعلم في هذا خلافاً لانه جعل في مصلحة لحاز كاجرة الدليل وقد استأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر في الهجرة من دلمج على الطريق ، ويستحق الجمل بفعل ما جعل له الاجمل فيه ، سواء كان مسلماً أو كافراً من الجيش أو من غيره ، فإن جعل له الجمل بما في يده وجب أن يكون معلوماً لأنها جمالة بموضع من مال معلوم فوجب ان يكون معلوماً كالجمالة في رد الابق

وان كان الجمل من مال الكفار جاز ان يكون مجهولاً جمالة لا تمنع التسليم ولا تفضي الى التنازع ، لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل للسرية الثلث والربع مما غنموه وهو مجهول لان الغنيمة كلها مجهولة ولانه مما تدعو الحاجة إليه والجمالة إنما تجوز بحسب الحاجة

فان جعل له جارية معينة ان دله على قلعة يفتحها مثل ان جعل له بنت رجل عينه من اهل القلعة لم يستحق شيئاً حتى يفتح القلعة لان جمالة شيء منه اقتضت اشتراط فتحها ، فاذا فتحت القلعة عنوة سلمت اليه إلا أن تكون قد أسلمت قبل الفتح فانها عصمت نفسها باسلامها فتعذر دفعها اليه فتدفع اليه قيمتها ، فان النبي صلى الله عليه وسلم لما صالح اهل مكة عام الحديبية على أن من جاءه مسلماً رده اليهم ، فجاء نساء مسلمات منعه الله من ردهن .

ولو كان الجمل رجلاً من اهل القلعة فأسلم قبل الفتح عصم أيضاً نفسه ولم يجز دفعه وكان لصاحب الجمل قيمته وإن كان إسلام الجارية أو الرجل بعد أسرهم

سلياً إليه إن كان مسلماً ، وإن كان كافراً فله قيمتها ، لأن الكافر لا يتدعى الملك على مسلم ، وإن ماتا قبل الفتح أو بعده فلا شيء له لأنه علق حقه بشيء معين وقد تلف بغير تفريط فسقط حقه كالوديعة ، وفارق ما إذا أسلماً فإن تسليمهما ممكن لكن منع الشرع منه . وإن كان الفتح صلحاً فاستثنى الإمام الجارية والرجل وسلمهما صلح . وإن وقع الصلح مطلقاً طالب الجعل من صاحب القلعة وبذلت له قيمتهما ، فإن سلماً إلى الإمام سلمهما إلى صاحبهما : وإن أبى عرض على مشترطها قيمتهما ، فإن أخذها أعطيتها وتم الصلح ، وإن أبى فقال القاضي يفسخ الصلح لأنه حق قد تعذر إتمام الصلح فيه لأن صاحب الجعل سابق ولا يمكن الجمع بينه وبين الصلح ، ونحو هذا مذهب الشافعي ، ولصاحب القلعة أن يحصنها مثلما كانت من غير زيادة ، ويحتمل أن يرضى الصلح وتدفع إلى صاحب الجعل قيمته لأنه تعذر دفعه إليه مع بقاءه فدفعت إليه قيمته ، كما لو أسلم الجعل قبل الفتح أو أسلم بعده وصاحب الجعل كافر .

وقولهم إن حق صاحب الجعل سابق ، قلنا إلا أن المفسدة في فسخ الصلح أعظم لأن ضرره يعود على الجيش كله وربما عاد على غيره من المسلمين في كون هذه القلعة يتعذر فتحها بعد ذلك ويبقى ضررها على المسلمين ، ولا يجوز تحمل هذه المضرة لدفع ضرر يسير عن واحد ، فإن ضرر صاحب الجعل إنما هو في قوات عين الجعل وتفاوت ما بين عين الشيء وقيمه يسيراً سيما وهو في حق شخص واحد ، ومراعاة حق المسلمين أجمعين بدفع الضرر الكثير عنهم أولى من دفع الضرر اليسير عن واحد منهم أو من غيرهم ، ولهذا قلنا فيمن وجد ماله قبل قسمه فهو أحق به ، فإن وجد بعد قسمته لم يأخذه إلا بثمنه لئلا يؤدي إلى الضرر بنقص القيمة أو حرمان من وقع ذلك في سهمه .

(فصل)

قال أحمد : والنفل من أربعة أخماس الغنيمة ، هذا قول أنس بن مالك وفقهاء الشام ، منهم رجاء بن حيوة وعبادة بن نسي وعدى بن عدى ومكحول والقاسم ابن عبد الرحمن ويزيد بن أبي مالك ويحيى بن جابر والاوزاعي ، وبه قال إسحاق

وأبو سعيد ، وقال أبو عبيد والناس اليوم على هذا ، قال أحمد وكان سعيد بن المسيب
ومالك بن أنس يقولان ولا نفل إلا من الخمس ، فكيف يخفى عليها هذا مع عليهما ؟
وقال النخعي وطائفة : إن شاء الإمام نفلهم قبل الخمس وإن شاء بعده ، وقال
أبو ثور وإنما النفل قبل الخمس ، واحتج من ذهب إلى هذا بحديث ابن عمر الذي أوردهناه
ولنا ما روى معن بن يزيد السلمي قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول ولا نفل إلا بعد الخمس ، رواه أبو داود وابن عبد البر وهذا صريح ،
وحديث حبيب بن مسلمة « أن النبي (ص) كان ينفل الربع بعد الخمس والثالث بعد
الخمس ، وحديث جرير جين قال له عمر ، ولك الثالث بعد الخمس ، ولأن النبي (ص)
نفل الثالث ولا يتصور إخراج من الخمس ، ولأن الله تعالى قال (واعلموا أنما
غنمتم من شيء - فإن لله خمسة) يقتضي أن يكون الخمس خارجا من الغنيمة كلها .
وأما حديث ابن عمر فقد رواه شعيب عن نافع عن ابن عمر قال « بعثنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم في جيش قبل نجد وابتعث سرية من الجيش فكان سهمان
للجيش اثني عشر بعيرا ونفل أهل السرية بعيرا بعيرا فكانت سهمانهم ثلاثة عشر
بعيرا ، فهذا يمكن أن يكون نفلهم من أربعة أخماس الغنيمة دون بقية الجيش كما
ينفل السرايا ، ويتعين حمل الخبر على هذا لأنه لو أعطى جميع الجيش لم يكن ذلك
نفلا وكان قد قسم لهم أكثر من أربعة الأخماس ، وهو خلاف الآية والأخبار .

(فصل)

وكلام أحمد في أن النفل من أربعة الأخماس عام لعموم الخبر فيه ويحتمل أن
يحمل على القسمين الأولين من النفل . فأما القسم الثالث وهو أن يقول من جاء
بشيء فله كذا أو من جاء بعشرة رهوس فله رأس منها فيحتمل أن يستحق ذلك
من الغنيمة كلها لأنه ينزل بمنزلة الجعل ، فأشبهه السلب فإنه غير مخموس ويحتمل
في القسم الثاني - وهو زيادة بعض الغانمين على سهمه لغنائه - أن يكون من خمس
لخمس المعد للمصالح ، لأن عطية هذا من المصالح ، وبالذهب المنصوص عليه
الأول لأن عطية سلة بن الأكوع سهم الفارس زيادة على سهمه إنما كانت من
أربعة الأخماس والله أعلم

« مسأله » قال (ويرد من نفل على من معه في السرية إذ بقوتهم صار إليه)

هذا في الصورة التي ذكرها الخرقى وهي القسم الأول من أقسام النفل ، وهو إذا بعث سرية ونفلها الثلث أو الربع فدفع النفل الى بعضهم وخصه به أو جاء بعضهم بشيء فنقله ولم يأت بعضهم بشيء فلم ينقله شارك لمن نفل من لم ينقل ، نص عليه أحد ، لأن هؤلاء إنما أخذوا بقوة هؤلاء ، ولأنهم استحقوا النفل على وجه الاشاعة بينهم بالشرط السابق فلم يختص به واحد منهم كالغنيمة .

فأما في القسمين الآخرين اللذين لم يذكرهما الخرقى ، مثل أن يختص بعض الجيش بنفل لغنائه أو يجعله له كقوله من جاء بعشرة رهوس فله رأس ، فجاء واحد بعشرة دون الجيش فإن من نفل يختص بنقله دون غيره لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما خص من قتل بسلب قتيله اختص به ، ولما خص سلة بن الأكوع بسهم الفارس والراجل اختص به ، وكذلك اختص بالمرأة التي نقلها إياه أبو بكر دون الناس ؛ ولأن هذا جمل تحريضاً على القتال وحشاً على فعل ما يحتاج المسلمون إليه ليكمل فاعله كلفة فعله رغبة فيما جمل له فلو لم يختص به فاعله لما خاطر أحد بنفسه في فعله ولا حصلت مصلحة النفل ، فوجب أن يختص الفاعل لذلك بنقله ككتاب الآخرة .

« مسأله » قال (ومن قتل منا أحداً منهم مقبلاً على القتال فله سلبه غير مخوس قال ذلك الامام أو لم يقل)

في هذه المسألة فصول ستة :

أحدها أن القاتل يستحق السلب في الجملة ، ولا نعلم فيه خلافاً ، والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم « من قتل كافراً فله سلبه » رواه الجماعة عن النبي صلى الله عليه وسلم منهم أنس وسمرة بن جندب وغيرهما . وروى أبو قتادة قال « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر فلما التقينا رأيت رجلاً من المشركين قد علا رجلاً من المسلمين فاستدرت له حتى أتته من ورائه فضربته بالسيف على حبل عاتقه ضربة فأدركه الموت ، ثم إن الناس رجعوا وقال رسول الله (ص) : من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه . قال فقامت فقلت من يشهد لي

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مالك يا أبا قتادة ؟ فاقصصت عليه القصة فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله سلب ذلك للقتيل عندي فأرضه منه ، فقال أبو بكر الصديق لاها الله إذا تعدد إلى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه ؛ فقال رسول الله (ص) صدق فأسلمه إليه . قال فأعطانيه ، متفق عليه . وعن أنس قال : قال رسول الله (ص) يوم حنين د من قتل قتيلاً فله سلبه ، قتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلاً فأخذ أسـلابهم ، رواه أبو داود .

الفصل الثاني : أن السلب لكل قاتل يستحق السهم أو الرضخ كالعبد والمرأة والصبي والمشرک ، وروى عن ابن عمر أن العبد إذا بارز بإذن مولاه فقتل لم يستحق السلب ويرضخ له منه ؛ وللشافعي فيمن لا سهم له قولان . أحدهما لا يستحق السلب لأن السهم أكد منه الإجماع عليه فاذا لم يستحقه فالسلب أولى .
ولنا عموم الخبر وأنه قاتل من أهل الغنيمة فاستحق السلب كذا السهم ، ولأن الأمير لو جعل جعلاً لمن صنع شيئاً فيه نفع للمسلمين لاستحققه فاعله من هؤلاء ، فالذي جعله النبي (ص) أولى وفارق السهم لأنه علق على المظنة ، ولهذا يستحق بالحضور ويستوى فيه الفاعل وغيره ، والسلب مستحق بحقيقة الفعل وقد وجد منه ذلك فاستحقه كالمجموع له جعلاً على فعل إذا فعله ، فإن كان القاتل من لا يستحق سهماً ولا رضخاً كالمرجف والمخذل والمعين على المسلمين لم يستحق السلب وإن قتل . وهذا مذهب الشافعي ، لأنه ليس من أهل الجهاد ، وإن بارز العبد بغير إذن مولاه لم يستحق السلب لأنه عاص ، وكذلك كل عاص : مثل من دخل بغير إذن الأمير :

وعن أحمد فيمن دخل بغير إذن أنه يؤخذ منه الخمس وباقية له جعله كالغنيمة ويخرج في العبد المبارز بغير إذن سيده مثله ويحتمل أن يكون سلب قتيل العبد له على كل حال ، لأن ما كان له فهو لسيده ففي حرمانه السلب حرمان سيده ولا مقصية منه .

الفصل الثالث : أن السلب للقاتل في كل حال إلا أن ينهزم العدو ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وداود وابن المنذر ؛ وقال مسروق إذا التقى الزحفان فلا سلب

له إنما النفل قبل وبعد ونحوه قول نافع كذلك قال الاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز وأبو بكر بن أبي مريم السلب للقاتل ما لم تمتد الصفوف بعضها الى بعض فإذا كان كذلك فلا سلب لأحد .

ولنا عموم قوله عليه السلام « من قتل قتيلا فله سلبه » ، ولأن أبا قتادة إنما قتل الذي أخذ سلبه في حال التقاء الزحفين ، ألا تراه يقول « فلما التقينا رأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين » ، وكذلك قول أنس « فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا وأخذ أسلابهم » ، وكان ذلك بعد التقاء الزحفين ، لأن هوازن لقوا المسلمين فجاء فألحموا الحرب قبل أن تتقدما مبارزة ؟

وروى سعيد حدثنا اسماعيل بن عياش عن صفوان بن عمرو عن عبد الرحمن ابن جبير بن نفيير عن أبيه عن عوف بن مالك قال : غزونا الى طرف الشام فأمر علينا خالد بن الوليد فأنضم إلينا رجل من امداد حمير ، ففرضي لنا انا لقينا عدونا فقاتلونا قتالا شديداً وفي القوم رجل من الروم على فرس له أشقر وسرج مذهب ومنطقة ملطخة وسيف مثل ذلك ، فجعل يحمل على القوم ويفرى بهم فلم يزل المدد يمتلئ لذلك الرومي حتى مر به فاستقفاه فضرب عرقوب فرسه بالسيف ثم وقع فأتبعه ضرباً بالسيف حتى قتله ، فلما فتح الله الفتح أقبل بسلب القتل وقد شهد له الناس أنه قاتله ، فأعطاه خالد بعض سلبه وأمسك سائرته ، فلما قدم المدينة استعدى رسول الله (ص) فدعا خالداً ، فقال رسول الله (ص) : ما منعك يا خالد أن تدفع الى هذا سلب قتيله ؟ قال استكثرت له ، قال فادفعه اليه ، وذكر الحديث ورواه أبو داود .

الفصل الرابع : انه إنما يستحق السلب بشروط أربعة :

أحدها : أن يكون المقتول من المقاتلة الذين يجوز قتلهم ، فأما ان قتل امرأة أو صبيا أو شيخاً فانياً أو ضعيفاً مهيناً ونحوهم ممن لا يقاتل لم يستحق سلبه ، لأنهم فيه خلافاً ، وإن كان أحد هؤلاء يقاتل استحق قاتله سلبه لأنه يجوز قتله ، ومن قتل أسيراً له أو لغيره لم يستحق سلبه لذلك

الثاني ان يكون المقتول فيه منفعة غير مشخن بالجراح ، فان كان مشخناً بالجراح فليس لقاتله شيء من سلبه ، وبهذا قال مكحول وجريير بن عثمان والشافعي لأن

معاذ بن عمرو بن الجموح ، أثبت أبا جهل وذفف عليه ابن مسعود فقضى النبي (ص) بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح ولم يعط ابن مسعود شيئا .

وإن قطع يدي رجل ورجليه وقتله آخر فالسلب للقاطع دون القاتل لأن القاطع هو الذي كفى المسلمين شره ، وإن قطع يديه أو رجليه وقتله الآخر فالسلب للقاطع في أحد الوجهين لأنه عطله فأشبهه الذي قتله والثاني سلبه في الغنيمة لأنه إن كانت رجلاه سالمين فإنه يعدو ويكثر ، وإن كانت يداه سالمين فإنه يقاتل بهما فلم يكف القاطع شره كله ولا يستحق للقاتل سلبه لأنه مشغن بالمجراح ، وإن قطع يده ورجله من خلاف فكذلك .

وإن قطع إحدى يديه وإحدى رجليه ثم قتله آخر فسلبه غنيمة ، ويحتمل أنه للقاتل لأنه قاتل لمن لم يكف المسلمين شره ، وإن عاتق رجل رجلا فقتله آخر فالسلب للقاتل ، وبهذا قال الشافعي ، وقال الأوزاعي هو للمعاق .

ولنا قول النبي (ص) د من قتل قتيلا فله سلبه ، ولأنه كفى المسلمين شره فأشبه ما لو لم يعانقه الآخر ، وكذا لو كان الكافر مقبلا على رجل يقاتله فجاء آخر من ورائه فضربه فقتله فسلبه لمقاتله بدليل قصة قتيل أبي قتادة .

الثالث : أن يقتله أو يشغنه بمجراح تجعله في حكم المقتول ، قال أحمد لا يكون السلب إلا للقاتل ، وإن أسر رجلا لم يستحق سلبه سواء قتله الإمام أو لم يقتله ، وقال مكحول : لا يكون السلب إلا لمن أسر علجا أو قتله .

وقال القاضى : إذا أسر رجلا فقتله الإمام صبرا فسلبه لمن أسره لأن الأسر أصعب من القتل فإذا استحق سلبه بالقتل كان تنبها على استحقاقه بالأسر قال وإن استبقاه الإمام كان له فداؤه أو رقبته وسلبه لأنه كفى المسلمين شره .

ولنا أن المسلمين أسروا أسرى يوم بدر فقتل النبي (ص) عقبة والنضر بن الحارث واستبق سائرهم فلم يعط من أسرهم أسلابهم ولا فداءهم وكان فداؤهم غنيمة ولأن النبي (ص) إنما جعل السلب للقاتل وليس الأسر بقاتل ولأن الإمام غير في الأسرى ولو كان لمن أسره كان أمره إليه دون الإمام .

الرابع : أن يغرر بنفسه في قتله ، فأما إن رماه بسهم من صف المسلمين فقتله فلا سلب له ، قال أحمد السلب للقاتل إنما هو في المباشرة لا يكون في الهزيمة

وان حمل جماعة من المسلمين على واحد فقتلوه فالسلب في الغنيمة لأنهم لم يغربوا بأنفسهم في قتله ، وإن اشترك في قتله اثنان فظاهر كلام أحمد أن سلبه غنيمة فإنه قال في رواية حرب له السلب إذا انفرد بقتله .

وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنها يشتركان في سلبه لقوله : من قتل قتيلاً فله سلبه ، وهذا يتناول الواحد والجماعة ولأنهما اشتركا في السبب فاشتركا في السلب

ولنا أن السلب إنما يستحق بالتغريب في قتله ولا يحصل ذلك بقتل الاثنين فلم يستحق به السلب كما لو قتله جماعة ولم يبلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم شرك بين اثنين في سلب فإن اشترك اثنان في ضربه وكان أحدهما أبلغ في قتله من الآخر فالسلب له لأن أبا جهل ضربه معاذ بن عمرو بن الجوح ومعاذ بن عفراء وأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فأخبراه فقال : كلا كما قتله ، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو ابن الجوح ، وإن انهزم الكفار كلهم فأدرى إنسان منهزماً منهم فقتله فلا سلب له لأنه لم يغرب في قتله : وإن كانت الحرب قائمة فانهزم أحدهم فقتله إنسان فسلبه لقائله لأن الحرب فر وكر ، وقد قتل سلمة بن الأكوع طليعة للكفار وهو منهزم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : من قتله ؟ قالوا سلمة بن الأكوع ، قال : له سلبه أجمع ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو ثور وداود وابن المنذر السلب لكل قاتل لعموم الخبر واحتجاجاً بحديث سلمة هذا .

ولنا أن ابن مسعود ذفف على أبي جهل فلم يعطه النبي (ص) سلبه وأمر بقتل عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث صبراً ولم يعط سلبهما من قتلتهما ، وقتل بن قريظة صبراً فلم يعط من قتلهم أسلابهم وإنما أعطى السلب من قتل مبارزاً أو كفى المسلمين شره وغرب في قتله والمنهزم بعد انقضاء الحرب قد كفى المسلمين شر نفسه ولم يغرب قاتله بنفسه في قتله فلم يستحق سلبه كالأسير .

وأما الذي قتله سلمة فكان متحيزاً إلى فئة ، وكذلك من قتل حال قيام الحرب فإنه إن كان منهزماً فهو متحيز إلى فئة وراجع إلى القتال فأشبه الكار فإن القتال فر وكر .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يشترط في استحقاق السلب أن تكون المبارزة بإذن

الامير لان كل من قضى له بالسلب في عصر النبي صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من نقل اليه أنه أذن له في المبارزة مع أن عموم الخبر يقتضي استحقاق السلب لكل قاتل إلا من خصه الدليل

الفصل الخامس : أن السلب لا يخمس روى ذلك عن سعد بن أبي وقاص وبه قال الشافعي وابن المنذر وابن جرير ، وقال ابن عباس يخمس وبه قال الاوزاعي ومكحول وعموم قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة) . وقال إسحاق إن استكثر الامام السلب خمسة وذلك اليه لما روى ابن سيرين أن البراء بن مالك بارز مرزبان الزارة بالبحرين فطعنه فدق صلبه وأخذ سواريه وسلبه فلما صلى عمر الظهر أتى أبا طلحة في داره فقال إنا كنا لا نخمس السلب وإن سلب البراء قد بلغ مالا وأنا خامسه فكان أول سلب خمس في الإسلام سلب البراء ، رواه سعيد في السنن وفيها أن سلب البراء بلغ ثلاثين ألفا .

ولنا : ما روى عوف بن مالك وخالد بن الوليد ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل ولم يخمس السلب ، رواه أبو داود وعموم الاخبار التي ذكرناها وخبر عمر حجة لنا فإنه قال إنا كنا لا نخمس السلب ، وقول الراوى كان أول سلب خمس في الإسلام يعني أن النبي صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر صدرا من خلافته لم يخمسوا سلبا واتباع ذلك أولى

قال الجوزجاني : لا أظنه يجوز لاحد في شيء سبق فيه من رسول الله صلى الله عليه شيء الا اتباعه ولا حجة في قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذكرناه يصلح أن يخصص به عموم الآية . وإذا ثبت هذا : فإن السلب من أصل الغنيمة : وقال مالك يحسب من خمس الخمس .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل مطلقا ولم ينقل عنه أنه احتسب به من خمس الخمس ولأنه لو احتسب به من خمس الخمس احتيج الى معرفة قيمته وقدره ولم ينقل ذلك ولأن سببه لا يقتقر الى اجتهاد الامام فلم يكن من خمس الخمس كسهم الفارس والراجل .

الفصل السادس : أن القاتل يستحق السلب قال ذلك الامام او لم يقل ، وبه قال الاوزاعي والليث والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور

وقال أبو حنيفة والثوري لا يستحقه الا أن يشرطه الامام له ، وقال مالك لا يستحقه إلا أن يقول الامام ذلك ولم ير أن يقول الامام ذلك الا بعد انقضاء الحرب على ما تقدم من مذهبه في النفل وجعل السلب ههنا من جملة الانفال .

وقد روى عن أحمد مثل قولهم وهو اختيار أبي بكر ، واحتجوا بما روى عوف بن مالك ، أن مدديا اتبعهم فقتل عليجا فأخذ خالد بعض سلبه وأعطاه بعضه فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا تعطه يا خالد ، رواه سعيد وأبو داود وأنا اختصرته .

وروي بإسنادهما عن شبر بن علقمة قال : بارزت رجلا يوم القادسية فقتلته وأخذت سلبه فأتيت به سعداً فخطب سعد أصحابه وقال ان هذا سلب شبر خير من اثني عشر ألفاً وأنا قد نفلناه إياه ، ولو كان حقاً له لم يحتج الى نفيه ، ولأن عمر أخذ الخمس من سلب البراء ولو كان حقاً له لم يجز أن يأخذ منه شيئاً ولأن النبي صلى الله عليه وسلم دفع سلب أبي قتادة اليه من غير بينه ولا يمين .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : ومن قتل قتيلاً فله سلبه ، وهذا من قضايا رسول الله صلى الله عليه وسلم المشهورة التي عمل بها الخلفاء بعده ، وأخبارهم التي احتجوا بها تدل على ذلك فإن عوف بن مالك احتج على خالد حين أخذ سلب المددي فقال له عوف : أما تعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل ؟ قال بلى ، .

وقول عمر : إنا كنا لا نخمس السلب ، يدل على أن هذه قضية عامة في كل غزوة وحكم مستمر لكل قاتل وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم خالداً أن لا يرد على المددي عقوبة حين أغضبه عوف بتقريعه خالداً بين يديه ، وقوله : قد أنجزت لك ما ذكرت لك من أمر رسول الله (ص) وأما خبر شبر فإنما أنفذ له سعد ما قضى له به رسول الله (ص) وسماه نفلاً لأنه في الحقيقة نفل لأنه زيادة على سهمه .

وأما أبو قتادة فإن خصمه اعترف له به وصدقه فجرى مجرى البيعة ولأن السلب مأخوذ من الغنيمة بغير تقدير الامام واجتهاده فلم يفتقر الى شرطه كالسهم . إذا ثبت هذا : فإن أحمد قال لا يعجبنى أن يأخذ السلب الا بأذن الامام وهو قول الاوزاعي .

وقال ابن المنذر والشافعي له أخذه بغير إذن لأنه استحقه بحمل النبي صلى الله عليه وسلم له ذلك ولا يأمن أن أظهره عليه أن لا يعطاه ، ووجه قول أحمد أنه فعل مجتهد فيه فلم ينفذ أمره فيه إلا بإذن الإمام كأخذ سهمه ، ويحتمل أن يكون هذا من أحمد على سبيل الاستحباب ليخرج من الخلاف لا على سبيل الإيجاب ، فعلى هذا إن أخذه بغير إذن ترك الفضيلة وله ما أخذه .

مسألة ، قال (والدابة وما عليها من آلتها من السلب إذا قتل وهو عليها وكذلك ما عليه من السلاح والثياب وإن كثر ، فإن كان معه مال لم يكن من السلب وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن الدابة ليست من السلب) وجهاته أن السلب ما كان القتل لابساً له من ثياب وعمامة وقلنسوة ومنطقة ودرع ومغفر وبيضة وتاج وأسورة وراية وخف بما في ذلك من حلية ونحو ذلك لأن المفهوم من السلب اللباس .

وكذلك السلاح من السيف والرمح والسكين واللت ونحوه لأنه يستعين به في قتاله فهو أولى بالأخذ من اللباس ، وكذلك الدابة لأنه يستعين بها فهي كالسلاح وأبلغ منه ، ولذلك استحق بها زيادة السهمان بخلاف السلاح ، فأما المال الذي معه في كمراته وخريطته فليس بسلب لأنه ليس من الملبوس ولا مما يستعين به في الحرب ، وكذلك رحله وأثاثه وما ليست يده عليه من ماله ليس من سلبه ؛ وبهذا قال الأوزاعي ومكحول والشافعي إلا أن الشافعي قال مالا يحتاج إليه في الحرب كالنابج والسوار والطوق والهميان الذي للنفقة ليس من السلب في أحد القوانين لأنه لا يستعان به في الحرب فأشبهه المال الذي في خريطته .

ولنا أن في حديث البراء أنه بارز مرزبان الزارة فقتله فبلغ سواراه ومنطقته ثلاثين ألفاً فحمسه عمر ودفعه إليه .

وفي حديث عمرو بن معديكرب ، أنه حمل على أسوار فطمنه فدق صلبه وصرعه فنزل إليه فقطع يده وأخذ سوارين كاتتا عليه ويلمقا من ديباج وسيفا ومنطقة فسلم ذلك له ، ولأنه ملبوس له فأشبهه ثيابه ولأنه داخل في اسم السلب فأشبهه الثياب والمنطقة ويدخل في عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم ، فله سلبه ،

واختلفت الرواية عن أحمد في الدابة فقتل عنه أنها ليست من السلب وهو اختيار أبي بكر لأن السلب ما كان على يديه ، والدابة ليست كذلك فلا يدخل في الخبر ، قال وذكر عبد الله حديث عمرو بن معدى كرب فأخذ سواريه ومنطقته ولم يذكر فرسه .

ولنا ما روى عوف بن مالك قال : خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مددي من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب ، فجعل يغري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فربه الرومي فعرقب فرسه فعلاه فقتله وحاز فرسه وسلاحه ، فلما فتح الله للمسلمين بعث إليه خالد بن الوليد فأخذ من السلب ، قال عوف فأتيته فقلت له : يا خالد أما علمت أن رسول الله (ص) قضى بالسلب للقاتل ؟ قال بلى ، رواه الأثرم . وفي حديث شير بن علقمة : أنه أخذ فرسه ، كذلك قال أحمد هو فيه ، ولأن الفرس يستعان بها في الحرب فأشبهت السلاح ، وما ذكره يبطل بالرمح والقوس والأت فإنها من السلب وليست ملبوسة

إذا ثبت هذا فإن الدابة وما عليها من سرجها ولجامها وتجهيزها وحلية إن كانت عليها وجميع آلاتها من السلب لأنه تابع لها ويستعان به في الحرب ، وإنما يكون من السلب إذا كان راكبا عليها ، وإن كانت في منزله أو مع غيره أو منفصلة لم تكن من السلب كالسلاح الذي ليس معه ، وإن كان راكبا عليها فصرعه عنها أو أشعره عليها ثم قتله بعد نزوله عنها فهي من السلب ، وهكذا قول الأوزاعي وإن كان ممسكا بعنانها غير راكب عليها فمن أحمد فيها روايتان .

إحداهما : من السلب وهو قول الشافعي لأنه متمكن من القتال عليها فأشبهت سيفه أو رمحه في يده .

والثانية : ليست من السلب وهو ظاهر كلام الحرق واختيار الحلال لأنه ليس براكب عليها فأشبه ما كانت مع غلامه ، وإن كان على فرس وفي يده جنبيه لم تكن الجنبيه من السلب لأنه لا يمكنه ركوبها معاً

(فصل) ولا تقبل دعوى القتل إلا بينة ، وقال الأوزاعي : يعطى السلب

إذا قال أنا قتلته ولا يسأل بينة ، لان النبي صلى الله عليه وسلم قبل قول أبي قتادة ولنا قول النبي (ص) « من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه ، متفق عليه .
وأما أبو قتادة فان خصمه أقر له فاكتفى باقراره . قال أحمد : ولا يقبل الا شاهدان وقالت طائفة من أهل الحديث : يقبل شاهد ويمين لانها دعوى في المال ، ويحتمل أن يقبل شاهد بغير يمين ، لان النبي (ص) قبل قول الذي شهد لأبي قتادة من غير يمين ، ووجه الاول أن النبي (ص) اعتبر البينة واطلاقها ينصرف الى شاهدين ، ولانها دعوى للاقتل فاعتبر شاهدان كقتل العمد .

(فصل) ويجوز سلب القتل وتركهم عراة ، وهذا قول الاوزاعي وكرهه الثوري وابن المنذر لما فيه من كشف عوراتهم .
ولنا قول النبي (ص) في قتييل سلمية بن الاكوع « له سلبه أجمع » وقال « من قتل قتيلا فله سلبه » وهذا يتناول جميعه .

« مسألة » قال (ومن أعطاهم الامان منا من رجل أو امرأة أو عبد جاز أماته)

وجملته ان الامان اذا أعطى أهل الحرب حرم قتلهم وما لهم والتعرض لهم ، ويصح من كل مسلم بالغ عاقل مختار ذكر أو أنثى حراً كان أو عبداً ، وبهذا قال الثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق وابن القاسم وأكثر أهل العلم ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه . وقال ابو حنيفة وأبو يوسف : لا يصح أمان العبد الا ان يكون مأذونا له في القتال ، لانه لا يجب عليه الجهاد فلا يصح أماته كما أصبى ، ولانه مجلوب من دار الكفر فلا يؤمن أن ينظر لهم في تقديم مصلحتهم .

ولنا ما روى عن النبي (ص) انه قال « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل » رواه البخاري . وروى فضيل بن يزيد الرقاشي قال « جهز عمر بن الخطاب جيشاً فكنت فيه ، لحصرنا موضعاً فرأينا انا سنفتحها اليوم وجعلنا نقبل ونروح فبقى عبد منا فراطنهم وراطنوه ، فكتب لهم الامان في صحيفة وشدها على سهم ورى بها اليهم فأخذوها وخرجوا ، فكتب بذلك الى عمر بن الخطاب فقال : العبد

المسلم رجل من المسلمين ذمته ذمتهم ، رواه سعيد ، ولأنه مسلم مكاف فصيح أمانه كالحر وما ذكروه من التهمة يبطل بما إذا أذن له في القتال فإنه يصح أمانه ، وبالمراة فإن أمانها يصح في قولهم جميعا ، قالت عائشة : إن كانت المرأة لتجبر على المسلمين فيجوز . وعن أم هانئ أنها قالت : يا رسول الله انى أجرت أحماني وأغلقت عليهم وإن ابن أمي أراد قتلهم فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ إنما يجبر على المسلمين أدناهم ، رواهما سعيد ، وأجارت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاص بن الربيع فأمضاه رسول الله صلى الله عليه وسلم ،

فصل

ويصح أمان الأسير إذا عقده غير مكره لدخوله في عموم الخبر ، ولأنه مسلم مكاف مختار فأشبهه غير الأسير ، وكذلك أمان الأجير والتاجر في دار الحرب ، وبهذا قال الشافعي ، وقال الثوري : لا يصح أمان أحد منهم ولنا عموم الحديث والقياس على غيرهم : فأما الصبي المميز فقال ابن حامد فيه روايتان . إحداهما لا يصح أمانه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه غير مكاف ولا يلزمه بقوله حكم فلا يلزم غيره كالمجنون

والرواية الثانية : يصح أمانه ، وهو قول مالك ، وقال أبو بكر : يصح أمانه رواية واحدة ، وحمل رواية المنع على غير المميز واحتج بعموم الحديث ، ولأنه مسلم يميز فصيح أمانه كالبالغ ، وفارق المجنون فإنه لا قول له أصلا .

(فصل) ولا يصح أمان كافر وإن كان ذميا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم ، فجعل الذمة للمسلمين فلا تحصل لغيرهم ولأنه متهم على الاسلام وأهله فأشبهه الحربى ولا يصح أمان مجنون ولا طفل لأن كلامه غير معتبر ولا يثبت به حكم ولا يصح أمان زائل العقل بنوم أو سكر أو اغماء لذلك ولأنه لا يعرف المصلحة من غيرها فأشبه المجنون ، ولا يصح من مكره لأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالإقرار

(فصل) ويصح أمان الامام لجميع الكفار وآحادهم لأن ولايته عامة على المسلمين ، ويصح أمان الأمير لمن أقيم بإزاره من المشركين ، فأما في حق غيرهم

فهو آحاد المسلمين لأن ولايته على قتال أولئك دون غيرهم ويصح أمان آحاد المسلمين للواحد والعشرة والقافلة الصغيرة والحصن الصغير لأن عمر رضى الله عنه أجاز أمان العبد لأهل الحصن الذى ذكرنا حديثه ولا يصح أمانه لأهل بلدة ورستاق وجمع كثير لأن ذلك يفضى الى تعطيل الجهاد والافتيات على الامام .

(فصل) ويصح أمان الامام للأسير بعد الاستيلاء عليه لأن عمر (رضى) لما قدم عليه بالهرمزان أسيراً قال : لا بأس عليك ثم أراد قتله فقال له أنس : قد أمنتك فلا سبيل لك عليه وشهد الزبير بذلك فعدوه أماناً ، رواه سعيد ولأن الامام المن عليه والأمان دون ذلك ، فأما آحاد الرعية فليس له ذلك ، وهذا مذهب الشافعى ، وذكر أبو الخطاب أنه يصح أمانه لأن زينب ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أجارت زوجها أبا العاص بن الربيع بعد أسره فأجاز النبي (ص) أمانها وحكى هذا عن الاوزاعى .

ولنا أن أمر الاسير مفوض الى الامام فلم يحز الافتيات عليه فيما يمنعه ذلك كقتله وحديث زينب فى أمانها إنما صح بإجازة النبي (ص) .

فصل

وإذا شهد للأسير اثنان أو أكثر من المسلمين أنهم آمنوه قبل إذا كانوا بصفة الشهود ، وقال الشافعى لا تقبل شهادتهم لأنهم يشهدون على فعل أنفسهم . ولنا أنهم عدول من المسلمين غير متهمين شهدوا بأمانه فوجب أن يقبل كما لو شهدوا على غيرهم أنه آمنه وما ذكروه لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة المرضعة على فعلها فى حديث عقبه بن الحارث ، وإن شهد واحد أنى أمنت ، فقال القاضى قياس قول أحمد أنه يقبل كما لو قال الحاكم بعد عزله كنت حكمت لفلان على فلان بحق قبل قوله ، وعلى قول أبى الخطاب يصح أمانه فقبل خبره به كالحاكم فى حال ولايته وهذا قول الاوزاعى ، ويحتمل أن لا يقبل لأنه ليس له أن يؤمنه فى الحال فلم يقبل إقراره به كما لو أقر بحق على غيره وهذا قول الشافعى وأبى عبيدة .

(فصل) إذا جاء المسلم بمشرك ادعى أنه أسره وادعى الكافر أنه آمنه ففيها ثلاث روايات .

إحداهن : القول قول المسلم لأن الأصل معه فإن الأصل إباحة دم الحرب وعدم الأمان .

والثانية . القول قول الأسير لأنه يحتمل صدقه وحقن دمه فيكون هذا شبهة تمنع من قتله وهذا اختيار أبي بكر .

والثالثة : يرجع الى قول من ظاهر الحال يدل على صدقه فإن كان للكافر ذا قوة معه سلاحه فالظاهر صدقه ، وإن كان ضعيفا مسلوبا سلاحه فالظاهر كذبه فلا يلتفت الى قوله ، وقال أصحاب الشافعى : لا يقبل قوله وإن صدقه المسلم لأنه لا يقدر على أمانه فلا يقبل إقراره به . ولنا أنه كافر لم يثبت أسره ولا نازعه فيه منازع فقبل قوله في الأمان كالرسول .

(فصل) ومن طلب الأمان ليسمع كلام الله ويعرف شرائع الإسلام وجب أن يعطاه ثم يرد الى مأمنه لا نعلم في هذا خلافا ، وبه قال قتادة ومكحول والاوزاعى والشافعى ، وكتب عمر بن عبد العزيز بذلك الى الناس ، وذلك لقول الله تعالى (وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه) قال الاوزاعى هي الى يوم القيامة ويجوز عقد الأمان للرسول والمستأمن لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يؤمن رسل المشركين ، ولما جاءه رسولا مسيلمة قال : لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتكما ، ولأن الحاجة تدعو الى ذلك فأننا لو قتلنا رسلهم لقتلوا رسلنا فنفوت مصلحة المراسلة ، ويجوز عقد الأمان لكل واحد منهما مطلقا ومقيدا بمدة سواء كانت طويلة أو قصيرة بخلاف الهدنة فإنها لا تجوز إلا مقيدة لأن في جوازها مطلقا تركا للجهاد وهذا بخلافه ، قال القاضى : ويجوز أن يقيموا مدة الهدنة بغير جزية .

وقال أبو بكر : وهذا ظاهر كلام أحد لأنه قيل له ، قال الاوزاعى : لا يترك المشرك في دار الإسلام إلا أن يسلم أو يؤدى ، فقال أحد إذا أمنت فهو على ما أمنت ، وظاهر هذا أنه خالف قول الاوزاعى .

وقال أبو الخطاب : عندي أنه لا يجوز أن يقيم سنة بغير جزية ، وهذا قول الأوزاعى والشافعى لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون)

ووجه الاول : أن هذا كافر أبيح له الإقامة في دار الاسلام من غير التزام جزية فلم تلزمه جزية كالنساء والصبيان ولأن الرسول لو كان ممن لا يجوز أخذ الجزية منه يستوى في حقه السنة فما دونها في أن الجزية لا تؤخذ منه في المدينين فإذا جازت له الإقامة في أحدهما جازت في الأخرى قياساً لها عليها ، وقوله تعالى (حتى يعطوا الجزية) أى يلتزمون بها ولم يرد حقيقة الاعطاء وهذا مخصوص منها بالاتفاق فإنه يجوز له الإقامة من غير التزام لها ولأن الآية تخصصت بمادون الحول فنقيس على المحل المخصوص .

(فصل) وإذا دخل حربي دار الاسلام بأمان فأودع ماله مسلماً أو ذمياً أو أقرضهما إياه ثم عاد إلى دار الحرب نظرنا فإن دخل تاجراً أو رسولاً أو متنزهاً أو لحاجة يقضيها ثم يعود إلى دار الاسلام فهو على أمانه في نفسه وماله لأنه لم يخرج بذلك عن نية الإقامة بدار الاسلام فأشبه الذي إذا دخل لذلك ، وإن دخل مستوطناً بطل الأمان في نفسه وبقي في ماله لأنه بدخوله دار الاسلام بأمان ثبت الأمان لماله الذي معه فإذا بطل في نفسه بدخوله دار الحرب بقي في ماله لا اختصاص المبطل بنفسه فيخص البطلان به ، فإن قتل : فإنما يثبت الأمان لماله تبعاً فإذا بطل في المتبوع بطل في التبع .

قلنا : بل يثبت له الأمان لمعنى وجد فيه وهو إدخاله معه وهذا يقتضي ثبوت الأمان له وإن لم يثبت في نفسه بدليل ما لو بعثه مع مضارب له أو وكيل فإنه يثبت الأمان ولم يثبت الأمان في نفسه ولم يوجد فيه هماً ما يقتضي الأمان فيه فبقى دليل ما كان عليه ، ولو أخذه معه إلى دار الحرب لنقض الأمان فيه كما ينتقض في نفسه لوجود المبطل منهما ، فإذا ثبت هذا فإن صاحبه إن طلبه بعث إليه وإن تصرف فيه ببيع أو هبة أو غيرها صح تصرفه ، وإن مات في دار الحرب انتقل إلى وارثه ولم يبطل الأمان فيه .

وقال أبو حنيفة : يبطل فيه ، وهو قول الشافعي ، لأنه قد صار لوارثه ولم يعقد فيه أماناً فوجب أن يبطل فيه كسائر أمواله .

ولنا أن الأمان حق له لازم متعلق بالمال فإذا انتقل إلى الوارث انتقل لحقه كسائر الحقوق من الرهن والضمين والشفعة وهذا اختيار المازني ، ولأنه مال له

أمان فينتقل الى وارثه مع بقاء الأمان فيه كالمال الذي مع مضاربه ، وان لم يكن له وارث صار فيئا لبيت المال ، فان كان له وارث في دار الاسلام فقال القاضي لا يرثه لاختلاف الدارين .

والأولى أنه يرثه لأن ملتهما واحدة فيرثه كالمسلمين ، وان مات المستامن في دار الاسلام فهو كما لو مات في دار الحرب سواء لأن المستامن حربى تجرى عليه أحكامهم ، وان رجع الى دار الحرب فسبى واسترق ، فقال القاضي يكون ماله موقوفا حتى يعلم آخر أمره بموت أو غيره ، فان مات كان فيئا لأن الرقيق لا يورث وان عتق كان له وان لم يسترق ولكن من عليه الامام أو فاداه فماله له وان قتله فماله لورثته ، وان لم يسب ولكنه دخل دار الاسلام بغير أمان لياخذ ماله جاز قتله وسببه لان ثبوت الأمان لماله لا يثبت الأمان له كما لو كان ماله وديعة بدار الاسلام وهو مقيم بدار الحرب .

(فصل) وإذا سرق المستامن في دار الاسلام أو قتل أو غصب ثم عاد الى وطنه في دار الحرب ثم خرج مستامنا مرة ثانية استوفى منه ما لزمه في أمانه الاول وان اشترى عبدا مسلما فخرج به الى دار الحرب ثم قدر عليه لم يغنم لانه لم يثبت ملكه عليه لكون الشراء باطلا ويرد بانه الثمن الى الحربى لانه حصل في أمان فان كان العبد قالغا فعلى الحربى قيمته وبتراوان الفضل .

(فصل) واذا دخلت الحربية الى أمان فتزوجت ذميا في دارنا ثم أرادت الرجوع لم تمنع اذا رضى زوجها أو فارقها ، وقال ابو حنيفة تمنع . ولنا انه عقد لا يلزم الرجل المقام به فلا يلزم المرأة كعقد الاجارة .

« مسألة ، قال (ومن طلب الأمان ليفتح الحصن ففعل فقال كل واحد منهم انا المعطى لم يقتل واحد منهم) »

وجملته : ان المسلمين اذا حصروا حصنا فناداهم رجل آمنوني افتح لكم الحصن جاز ان يعطوه امانا فان زياد بن ليلى لما حصر النجير قال الاشعث بن قيس « اعطوني الأمان لعشرة افتح لكم الحصن ، ففعلوا فان اشكل الذى اعطى الأمان وادعاه كل واحد من أهل الحصن ، فان عرف صاحب الأمان عمل على ذلك ؛

وإن لم يعرف لم يجز قتل واحد منهم لأن كل واحد منهم يحتمل صدقه وقد أشبه المباح بالمحرم فيما لا ضرورة إليه فحرم الكل كما لو اشتبهت ميتة بمذكاة أو أخته بأجنبيات أو أشبه زان محصن برجال معصومين، وبهذا قال الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً وفي استرقاقهم وجهان .

أحدهما : يحرم وذكر القاضي أن أحمد نص عليه وهو مذهب الشافعي لما ذكرنا في القتل فإن استرقاق من لا يحل استرقاقه محرم

والثاني : يقرع بينهم فيخرج صاحب الأمان بالقرعة ويسترق الباقيون قاله أبو بكر لأن الحق لواحد منهم غير معلوم فيقرع بينهم كما لو أعتق عبداً من عبيده وأشكل ويخالف القتل فإنه إراقة دم تدرى بالشبهات بخلاف الرق ولهذا يمنع القتل في النساء والصبيان دون الاسترقاق

وقال الأوزاعي : إذا أسلم واحد من أهل الحصن قبل فتحه أشرف علينا ثم أشكل فادعى كل واحد منهم أنه الذي أسلم : يسمى كل واحد منهم في قيمة نفسه ويترك له عشر قيمته ، وقياس مذهبنا أن فيها وجهين كالتى قبلها .

فصل

قال أحمد : إذا قال الرجل كيف عني حتى أدلك على كذا فبعث معه قوم ليدلهم فامتنع من الدلالة فلم يضرب عنقه لأن أمانه بشرط ولم يوجد ، وقال أحمد : إذا لقي علجاً فطلب منه الأمان فلا يؤمنه لأنه يخاف شره وإن كانوا سرية فلم يمانه يعني أن السرية لا يخافون من غدر العالج قتلهم بخلاف الواحد وإن لقيت السرية أعلجاً فادعوا أنهم جاءوا مستأمنين ، فإن كان معهم سلاح لم يقبل قَوْلهم لأن حملهم السلاح يدل على محاربتهم وإن لم يكن معهم سلاح قبل قَوْلهم لأنه يدل على صدقهم

(فصل) إذا دخل حربى دار الإسلام بغير أمان نظرت فإن كان معه متاع يبيعه في دار الإسلام ، وقد جرت العادة بدخولهم إلينا تجاراً بغير أمان لم يعرض لهم ، وقال أحمد إذا ركب القوم في البحر فاستقبلهم فيه تجار مشركون من أرض العدو يريدون بلاد الإسلام لم يعرضوا لهم ولم يقاتلهم وكل من دخل بلاد المسلمين من أهل الحرب بتجارة ببيع ولم يسأل عن شيء وإن لم تكن معه تجارة فقال جئت

مستأمناً لم يقبل منه ، وكان الامام مخيراً فيه ، ونحو هذا قال الاوزاعي والشافعي ، وإن كان ممن ضل الطريق أو حملته الريح في المركب إلينا فهو لمن أخذه في إحدى الروایتين والاخرى يكون فينا .

مسألة ، قال (ومن دخل الى أرضهم من الغزاة فارساً فنفق فرسه قبل إحراز الغنيمة فله سهم راجل ، ومن دخل راجلاً فأحرزت الغنيمة وهو فارس فله سهم فارس)

وجملة ذلك أن الاعتبار في استحقاق السهم بحالة الاحراز ، فإن أحرزت الغنيمة وهو راجل فله سهم راجل ، وإن أحرزت وهو فارس فله سهم الفارس سواء دخل فارساً أو راجلاً . قال احمد : أنا أرى أن كل من شهد الواقعة على أى حالة كان يعطى ، ان كان فارساً ففارس ، وان كان راجلاً فراجل ، لأن عمر قال : الغنيمة لمن شهد الواقعة ، وبهذا قال الاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور ونحوه قال ابن عمر . وقال ابو حنيفة . الاعتبار بدخول دار الحرب ، فإن دخل فارساً فله سهم فارس وان نفق فرسه قبل القتال ، وان دخل راجلاً فله سهم الراجل وان استفاد فارساً فقاتل عليه .

وعنه رواية أخرى كقولنا . قال أحمد : كان سليمان بن موسى يعرضهم اذا أدربوا الفارس فارس والراجل راجل لانه دخل في الحرب بنية القتال فلا يتغير سهمه بذهاب دابته أو حصول دابة له كما لو كان بعد القتال .

ولنا أن الفرس حيوان يسهم له فاعتبر وجوده حال القتال فيسهم له مع الوجود فيه ولا يسهم له مع العدم كالآدمي ، والاصل في هذا أن حالة استحقاق السهم حالة تقتضي الحرب بدليل قول عمر : الغنيمة لمن شهد الواقعة ، ولانها الحال التي يحصل فيها الاستيلاء الذي هو سبب الملك بخلاف ما قبل ذلك فإن الاموال في أيدي أصحابها ولا ندرى هل يظفر بهم أو لا ؟ ولانه لو مات بعض المسلمين قبل الاستيلاء لم يستحق شيئاً ولو وجد مدد في تلك الحال أو انفلت أسير فلحق بالمسلمين أو أسلم كافر فقاتلوا استحقوا السهم فدل على أن الاعتبار بحالة الاحراز فوجب اعتباره دون غيره .

« مسالة ، قال (ويعطى ثلاثة أسهم ، سهم له وسهمان لفرسه)

أكثر أهل العلم على أن الغنيمة تقسم للفارس منها ثلاثة أسهم : سهم له وسهمان لفرسه وللراجل سهم . قال ابن المنذر : هذا مذهب عمر بن عبد العزيز والحسن وابن سيرين وحسين بن ثابت وعوام علماء الاسلام في القديم والحديث منهم مالك ومن تبعه من أهل المدينة ، والثوري ومن وافقه من أهل العراق ، والليث بن سعد ومن تبعه من أهل مصر ، والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : للفارس سهم واحد لما روى مجمع بن حارثة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قسم خيبر على أهل المدينة فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهماً ، رواه أبو داود ، ولأنه حيوان ذو سهم فلم يزد على سهم كالآدمي ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم ، سهمان لفرسه وسهم له ، متفق عليه ، وعن أبي رهم وأخيه أنهما « كانا فارسين يوم خيبر فأعطيا ستة أسهم : أربعة أسهم لفرسيهما وسهمين لهما ، رواه سعيد بن منصور . وعن ابن عباس (رض) أن رسول الله (ص) أعطى الفارس ثلاثة أسهم وأعطى الراجل سهماً ،

وقال خالد الحذاء : لا يختلف فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسهم هكذا للفارس سهمين ولصاحبه سهماً وللراجل سهماً ، وكتب عمر بن عبد العزيز إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن « أما بعد . فإن سهمان الخيل مما فرض رسول الله (ص) سهمين للفارس وسهما للراجل ولعمري لقد كان حديثاً ما أشعر أن أحداً من المسلمين هم بانتقاض ذلك فمن هم بانتقاض ذلك فعاقبه والسلام عليك ، رواهما سعيد والاثرم ، وهذا يدل على ثبوت سنة رسول الله (ص) بهذا ، وأنه أجمع عليه فلا يعول على ما خالفه

فأما حديث مجمع فيحتمل أنه أراد أعطى الفارس سهمين لفرسه ، وأعطى الراجل سهماً - يعني صاحبه - فيكون ثلاثة أسهم ، على أن حديث ابن عمر أصح منه ، وقد وافقه حديث أبي رهم وأخيه وابن عباس ، وهؤلاء أحفظ وأعلم ،

وابن عمر وأبو رهم وأخوه ممن شهدوا وأخذوا السهمان وأخبروا عن أنفسهم أنهم أعطوا ذلك فلا يعارض ذلك بخبر شاذ تعين غلطه أو حمله على ما يخالف ظاهره ، وقياس الفرس على الآدمي غير صحيح لأن أثرها في الحرب أكثر وكلفتها أعظم فينبغي أن يكون سهمها أكثر .

، مسألة ، قال (إلا أن يكون فرسه هجيناً فيعطى سهماً له وسهماً لفرسه)

الهجين : الذي أبوه عربي وأمه برذونة . والمقرف : الذي أبوه برذونة وأمه عربية ، قالت هند بنت النعمان بن بشير :

وما هند إلا ماهرة عريضة سليقة أفراس تحللها بغل
فان ولدت مهرأ كريماً فبالحرى وإن يك أقراف فما أنجب الفحل
وأراد الحرقى بالهجين ههنا ما عدا العربي والله أعلم ، وقد حكى عن أحمد أنه قال : الهجين البرذون ، واختلفت الرواية عنه في سهماتها فقال الخلال : تواترت الروايات عن أبي عبد الله في سهام البرذون أنه سهم واحد ، واختاره أبو بكر والحرقى وهو قول الحسن . قال الخلال : وروى عنه ثلاثة متيقظون أنه يسهم للبرذون مثل سهم العربي ، واختاره الخلال وبه قال عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي والثوري ، لأن الله تعالى قال (والحيل والبغال) وهذه من الخيل ، ولأن الرواة رووا أن النبي (ص) أسهم للفرس سهمين ولصاحبه سهماً ، وهذا عام في كل فرس ، ولأنه حيوان ذو سهم فاستوى فيه العربي وغيره كالآدمي .

وحكى أبو بكر عن أحمد رحمه الله رواية ثالثة : أن البراذين أن أدركت إدراك العرب أسهم لها مثل الفرس العربي والا فلا . وهذا قول ابن أبي شيبة وابن أبي خيثمة وأبي أيوب والجوزجاني لأنها من الخيل وقد عملت عمل العرب فأعطيت سهماً كالعربي .

وحكى القاضي رواية رابعة : أنه لا يسهم لها ، وهو قول مالك بن عبد الله الحنفي لأنه حيوان لا يعمل عمل الخيل العرب فأشبهه البغال ، ويحتمل أن تكون هذه الرواية فيما لا يقارب العتاق منها لما روى الجوزجاني بإسناده عن أبي موسى أنه كتب إلى عمر بن الخطاب ، أنا وجدنا بالعراق خيلاً عراضاً دكنا

فما ترى يا أمير المؤمنين في سبهانها ؟ فكتب اليه : تلك البراذين فما قرب العتاق منها فاجعل له سهما واحداً وألغ ما سوى ذلك ،

ولنا ما روى سعيد بإسناده عن أبي الأقر قال ، أغارت الخيل على الشام فأدركت العرباب من يومها وأدركت السكوادن ضحى الغد ، وعلى الخيل رجل من همدان يقال له المنذر بن أبي حميضة ، فقال : لا أجعل الذى أدرك من يومه مثل الذى لم يدرك ففضل الخيل ، فقال عمر هبلى الوادعى أمه أمضرها على ما قال ، ولم يعرف عن الصحابة خلاف هذا القول .

وروى مكحول أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى الفرس العربى سهمين وأعطى المجهين سهماً ، رواه سعيد أيضاً ، ولأن نفع العربى وأثره فى الحرب أفضل فيكون سهمه أرجح كتفاضل من يرضخ له .

وأما قولهم أنه من الخيل . قلنا والخيل فى نفسها تتفاضل فتفاضل سبهانها . وأما قولهم أن النبي صلى الله عليه وسلم لم قسم للفرس سهمين من غير تفریق . قلنا هذه قضية فى عين لا عموم لها فيحتمل أنه لم يكن فيها برذون وهو الظاهر ، فإنها من خيل العرب ولا براذين فيها ، ودل على صحة هذا أنهم لما وجدوا البراذين بالعراق أشكل عليهم أمرها ، وإن عمر فرض لها سهماً واحداً ، وأمضى ما قال المنذر بن أبي حميضة فى تفضيل العرباب عليها ، ولو كان النبي (ص) سوى بينهما لم يخف ذلك على عمر ولا خالفه ، ولو خالفه لم يسكت الصحابة عن إنكاره عليه سيما وابنه هو راوى الخبر ، فكيف يخفى ذلك عليه ؟ ويحتمل أنه فضل العرباب أيضاً فلم يذكره الراوى لغلبة العرباب وقلة البراذين ، ويدل على صحة هذا التأويل خبر مكحول الذى رويناه وقياسها على الأدمى لا يصح لأن العربى منهم لا أثر له فى الحرب زيادة على غيره بخلاف العربى من الخيل على غيره والله اعلم

« مسأله ، قال (ولا يسهم لأكثر من فرسين)

يعنى اذا كان مع الرجل خيل اسهم لفرسين اربعة اسهم واصاحبها سهم . ولم يزد على ذلك .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يسهم لأكثر من فرس واحد لأنه لا يمكن أن يقاتل على أكثر منها فلم يسهم لما زاد عليها . كالزائد عن الفرسين .

ولنا : ما روى الأوزاعي ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين وإن كان معه عشرة أفراس ، وعن أزهر بن عبد الله أن عمر بن الخطاب كتب إلى أبي عبيدة بن الجراح ، أن يسهم للفرس سهمين وللفرسين أربعة أسهم ولصاحبها سهم فذلك خمسة أسهم وما كان فوق الفرسين فهي جنائب ، رواهما سعيد في سننه . ولأن به إلى الثاني حاجة فإن إدامة ركوب واحد تضعفه وتمنع القتال عليه فيسهم له كالأول بخلاف الثالث فإنه مستغنى عنه .

« مسأله » قال (ومن غزا على بعير وهو لا يقدر على غيره قسم له ولبعيره سهام) .

نص أحمد على هذا وظاهره أنه لا يسهم للبعير مع إمكان الغزو على فرس وعن أحمد أنه يسهم للبعير سهم ولم يشترط عجز صاحبه عن غيره ، وحكي نحو هذا عن الحسن لأن الله تعالى قال (فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) ولأنه حيوان تجوز المسابقة عليه بعوض فيسهم له كالفرس .

بحققة أن تجوز المسابقة بعوض إنما أيجت في ثلاثة أشياء دون غيرها لأنها آلات الجهاد ، فأبيح أخذ الرهن في المسابقة بهاتحريضاً على رياضتها وتعلم الاتقان فيها ولا يزداد على سهم البرذون لأنه دونه ولا يسهم له إلا أن يشهد الواقعة عليه ويكون مما يمكن القتال عليه . فأما هذه الأبل الثقيلة التي لا تصلح إلا للحمل فلا يستحق راكبها شيئاً لأنها لا تسكر ولا تفر فراكبها أدنى حال من الراجل . واختار أبو الخطاب أنه لا يسهم له بحال وهو قول أكثر الفقهاء . قال ابن المنذر . أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن من غزا على بعير فله سهم راجل كذلك قال الحسن ومكحول والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وهذا هو الصحيح أن شاء الله تعالى لأن النبي (ص) لم ينقل عنه أنه أسهم لغير الخيل من البهائم وقد كان معه يوم بدر سبعون بعيراً ، ولم تخل غزاة من غزواته من الأبل بل هي كانت غالب دوابهم ، فلم ينقل عنه أنه أسهم لها ولو أسهم لها لتقل

وكذلك من بعد النبي صلى الله عليه وسلم من خلفائه وغيرهم مع كثرة غزواتهم لم ينقل عن أحد منهم فيما علمناه أنه أسهم لبعير ولو أسهم لبعير لم يخف ذلك ولأنه لا يتمكن صاحبه من الكر والفر فلم يسهم له كالبغل والحمار .

(فصل) وما عدا الخيل والإبل من البغال والحير والفيلة وغيرها لا يسهم لها بغير خلاف وإن عظم غناؤها وقامت مقام الخيل لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسهم لها ولا أحد من خلفائه ، ولأنها مما لا تجوز المسابقة عليه بعوض فلم يسهم لها كالبقر .

(فصل) وينبغي للإمام أن يتعاهد الخيل عند دخول الحرب فلا يدخل إلا شديداً ولا يدخلها خطياً ولا ضعيفاً ولا ضرعاً ولا أعرجاً زارحاً فإن شهد أحد الوقعة على واحد من هذه لم يسهم له ، وبه قال مالك ، وقال الشافعي : يسهم له كما يسهم للمريض .

ولنا أنه لا ينتفع به فلم يسهم له كالرجل المخذل والمرجف ، ولأنه حيوان يتعين منع دخوله فلم يسهم له كالمرجف ، وأما المريض الذي لا يتمكن من القتال فإن خرج بمرضه عن كونه من أهل الجهاد كالزمن والاشل والمفلوج فلا يسهم له ، لأنه لم يبق من أهل الجهاد ، وإن لم يخرج بمرضه عن ذلك كالمحموم ومن به الصداع فإنه يسهم له لأنه من أهل الجهاد ويعين برأيه وتكثيره ودعائه .

« مسألة ، قال (ومن مات بعد إحراز الغنيمة قام وارثه مقامه في سهمه) »

وجملته : أن الغازي إذا مات أو قتل نظرت ، فإن كان قبل حيازة الغنيمة فلا سهم له لأنه مات قبل ثبوت ملك المسلمين عليها وسواء مات حال القتال أو قبله ، وإن مات بعد ذلك فسهمة لورثته .

وقال أبو حنيفة : إن مات قبل إحراز الغنيمة في دار الإسلام أو قسمها في دار الحرب فلا شيء له ، لأن ملك المسلمين لا يتم عليها إلا بذلك ، وقال الأوزاعي إن مات بعد ما يدرب قاصداً في سبيل الله قبل أو بعد أسهم له ، وقال الشافعي وأبو ثور إن حضر القتال أسهم له سواء مات قبل حيازة الغنيمة أو بعدها ، وإن لم يحضر فلا سهم له ونحوه قال مالك والليث .

ولنا : أنه إذا مات قبل حيازتها فقد مات قبل ملكها وثبتت اليدها فلم يستحق شيئاً : وإن مات بعدها فقد مات بعد الاستيلاء عليها في حال لو قسمت ممت قسمتها ، وكان له سهمه منها فيجب أن يستحق سهمه فيها كما لو مات بعد إحرازها في دار الاسلام .

إذا ثبت أنه يستحقه فيكون لورثته كسائر أملاكه وحقوقه

« مسألة ، قال (ويعطى الراجل سهماً)

لا خلاف في أن للراجل سهماً ، وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه أعطى للراجل سهماً ، فيما تقدم من الاخبار ، ولأن الراجل يحتاج الى أقل مما يحتاج اليه الفارس وغناؤه دون غناؤه فاقضى ذلك أن يكون سهمه دون سهمه .

(فصل) وسواء كانت الغنيمة من فتح حصن أو من مدينة أو من جيش وبهذا قال الشافعي ، وقال الوليد بن مسلم سألت الاوزاعي عن أسهم الخيل من غنائم الحصون ، فقال كانت الولاة من قبل عمر بن عبد العزيز الوليد وسليمان لا يسهمون الخيل من الحصون ويجعلون الناس كلهم رجالة حتى ولي عمر بن عبد العزيز فأنكر ذلك ، وأمر بأسهامها من فتح الحصون والمدائن ، ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم وهي حصون ، ولأن الخيل ربما احتيج اليها بأن ينزل أهل الحصن فيقاتلوا خارجاً منه ويلزم صاحبه مؤنة له فيقسم له كما لو كان في غير حصن .

« مسألة ، قال (ويرضخ للمرأة والعبد)

معناه أنهم يعطون شيئاً من الغنيمة دون السهم ولا يسهم لهم سهم كامل ولا تقدير لما يعطونه بل ذلك الى اجتهاد الامام ، فإن رأى التسوية بينهم سوى بينهم وإن رأى التفضيل فضل .

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب ومالك والثوري والليث والشافعي وإسحاق ، وروى ذلك عن ابن عباس ، وقال أبو ثور يسهم للعبد ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز والحسن والنخعي ، لما روى عن الأسود بن

يزيد ، أنه شهد فتح القادسية عبيد فضرب لهم سهامهم ، ولأن حرمة العبد في الدين كحرمة الحر ، وفيه من الغناء مثل ما فيه فوجب أن يسهم له كالحر .

وحكى عن الأوزاعي : ليس للعبد سهم ولا رضح إلا أن يجيشوا بغنيمة أو يكون لهم غناء فيرضخ لهم ، قال ويسهم للمرأة لما روى جرير بن زياد عن جدته ، أنها حضرت فتح خيبر قالت . فأسهم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم كما أسهم للرجال ، وأسهم أبو موسى في غزوة تسير للنسوة معه .

وقال أبو بكر بن أبي مريم : أسهم النساء يوم اليرموك ، وروى سعيد بإسناده عن ابن شبل ، أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب لسهلة بنت عاصم يوم حنين بسهم فقال رجل من القوم أعطيت سهلة مثل سهمي .

وأنا ما روى عن ابن عباس أنه قال ، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزو بالنساء ، فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة ، وأما سهم فلم يضرب لهن ، رواه مسلم ، وروى سعيد عن يزيد بن هارون ، أن نجدة كتب إلى ابن عباس يسأله عن المرأة والمملوك يحضران الفتح ، ألهما من المغنم شيء ؟ قال يحذيان وليس لهما شيء ، وفي رواية قال ، ليس لهما سهم وقد يرضخ لهما .

وعن عمير مولى أبي اللحم قال ، شهدت خيبر مع سادتي فكلموا في رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخير أنى مملوك فأمر لي بشيء من خروثي المتاع ، رواه أبو داود واحتج به أحمد ولأنهما ليس من أهل القتال فلم يسهم لهما كالصبي ، قالت عائشة ، يا رسول الله هل على النساء جهاد ؟ قال : نعم جهاد لا قتال فيه الحج والعمرة .

وقال عمر بن أبي ربيعة :

كتب القتل والقتال علينا وعلى المحصنات جر الذبول

ولأن المرأة ضعيفة يستولى عليها الخور فلا تصلح للقتال ، ولهذا لم تقتل إذا كانت حربية ، فأما ما روى في إسهام النساء فيحتمل أن الراوى سمى الرضح سهما بدليل أن في حديث حشر ، أنه جعل لهن نصيباً تماً ، ولو كان سهما ما اختص التمر ، ولأن خيبر قسمت على أهل الحديبية نفر معدودين في غير حديثها ولم يذكرن منهم : ويحتمل أنه أسهم لهن مثل سهام الرجال من الثمر خاصة أو من المتاع دون

الأرض ، وأما حديث سهلة فإن في الحديث أنها ولدت فأعطاها النبي صلى الله عليه وسلم لها ولولدها فبلغ رخصهما سهم رجل ، ولذلك عجب الرجل الذي قال أعطيت سهلة مثل سهمي ، ولو كان هذا مشهوراً من فعل النبي صلى الله عليه وسلم ما عجب منه .

(فصل) والمدبر والمكاتب كالقن لأنهم عبيد ، فإن عتق منهم قبل انقضاء الحرب أسهم لهم ، وكذلك ان قتل سيد المدبر قبل تقضى الحرب وهو يخرج من الثالث عتق وأسهم له ، وأما من بعضه حر فقال أبو بكر : يرضخ له بقدر ما فيه من الرق ويسهم له بقدر ما فيه من الحرية ، فإذا كان نصفه حراً أعطى نصف سهم ورضخ له نصف الرضخ ، لأن هذا مما يمكن تبعضه يقسم على قدر ما فيه من الحرية والرق والميراث ، وظاهر كلام أحمد : أنه يرضخ له ، لأنه ليس من أهل وجوب القتال فأشبه الرقيق .

(فصل)

والخثي المشكل يرضخ له ، لأنه لم يثبت أنه رجل يقسم له ولأنه ليس من أهل وجوب الجهاد فأشبه المرأة ، ويحتمل أن يقسم له نصف سهم ونصف الرضخ كالميراث ، فإن انكشف حاله فتبين أنه رجل أتم له سهم رجل سواء انكشف قبل تقضى الحرب أو بعده أو قبل القسمة أو بعدها ، لأننا تبينا أنه كان مستحقاً للسهم وأنه أعطى دون حقه ، فأشبه ما لو أعطى بعض الرجال دون حقه غلطاً .

(فصل) والصبي يرضخ ولا يسهم له ، وبه قال الثوري والليث وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور ، وعن القاسم وسالم في الصبي يغزو به ليس له شيء ، وقال مالك يسهم له إذا قاتل وأطاق ذلك ومثله قد بلغ القتال لأنه حر ، ذكر مقاتل فيسهم له كالرجل .

وقال الأوزاعي يسهم له ، وقال أسهم رسول الله (ص) للصبيان بخير وأسهم أئمة المسلمين لكل مولود ولد في أرض الحرب .

وروى الأجهوز جاني بإسناده عن الوضين بن عطاء قال حدثني جدتي قالت : كنت مع حبيب بن مسلمة وكان يسهم لأمهات الأولاد لما في بطونهم .

ولنا ما روى عن سعيد بن المسيب قال : كان الصبيان والعبيد يخذون من الغنيمة إذا حضروا الغزو في صدر هذه الامة .

وروى الجوزجاني بإسناده أن تميم بن قرع المهدي كان في الجيش الذين فتحوا الاسكندرية في المرة الأخيرة ، قال فلم يقسم لي عمرو من الف . شيئا ، وقال : غلام لم يحتمل حتى كاد يكون بين قومي وبين أناس من قريش في ذلك نائرة فقال بعض القوم فيكم أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسألوهم فسألوا أبا بصرة الغفاري وعقبة بن عامر فقالا انظروا فإن كان قد أشعر فاقسموا له فنظر الى بعض القوم فاذا أنا قد أنبتت فقسم لي .

قال الجوزجاني هذا من مشاهير حديث مصر وجيده ، ولأنه ليس من أهل القتال فلم يسهم له كالعبد ، ولم يثبت أن النبي (ص) قسم لصبي بل كان لا يجيزهم في القتال فان ابن عمر قال عرضت على النبي (ص) وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني ، وما ذكروه يحتمل أن الراوى سمى الرضخ سهما بدليل ما ذكرناه .

(فصل) فان انفرد بالغنيمة من لا يسهم له مثل عبيد دخلوا دار الحرب فغنموا أو صبيان أو عبيد وصبيان أخذ خمسة وما بقى لهم ، ويحتمل أن يقسم بينهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم لأنهم تساوا فاشبهوا الرجال الأحرار ، ويحتمل أن يقسم بينهم على ما يراه الإمام من المفاضلة لأنهم لا تجب التسوية بينهم مع غيرهم فلا تجب مع الأفراد قياسا لاحدى الحالتين على الأخرى ، وان كان فيهم رجل حر أعطى سهما وفضل عليهم بقدر ما يفضل الأحرار على العبيد والصبيان في غير هذا الموضع ويقسم الباقي بين من بقى على ما يراه الإمام من التفضيل لان فيهم من له سهم بخلاف التي قبلها .

مسألة ، قال (ويسهم للكافر إذا غزا معنا)

اختلفت الرواية في الكافر يغزو مع الامام بإذنه فروى عن أحمد أنه يسهم له كالمسلم وبهذا قال الأوزاعي والزهري والثوري وإسحاق ، قال الجوزجاني هذا مذهب أهل الثغور وأهل العلم بالصوائف والبعوث ، وعن أحمد : لا يسهم له

وهو مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة لأنه من غير أهل الجهاد فلم يسهم له كالعبد ولكن يرضخ له كالعبد .

ولنا ما روى الزهري أن رسول الله (ص) استعان بناس من اليهود في حربه فأسهم لهم ، رواه سعيد في سنته . وروى أن صفوان بن أمية خرج مع النبي (ص) يوم خيبر وهو على شركة فأسهم له وأعطاه من سهم المؤلفة ، ولأن الكفر نقص في الدين فلم يمنع استحقاق السهم كالفسق وبهذا فارق العبد فإن نقصه في دنياه وأحكامه ، وإن غزا بغير إذن الامام فلا سهم له لأنه غير مأمون على الدين فهو كالمرجف وشر منه .

وإن غزا جماعة من الكفار وحدهم فغنموا فيحتمل أن تكون غنيمتهم لهم لا خمس فيها ، لأن هذا اكتساب مباح لم يؤخذ على وجه الجهاد فكان لهم لا خمس فيه كالاحتشاش والاحتطاب ، ويحتمل أن يؤخذ خمسة والباقي لهم لأنه غنيمة قوم من أهل دار الاسلام فأشبهه غنيمة المسلمين .

(فصل) ولا يستعان بمشرك ، وبهذا قال ابن المنذر والجوزجاني وجماعة من أهل العلم . وعن أحمد ما يدل على جواز الاستعانة به ؛ وكلام الخرق يدل عليه أيضا عند الحاجة وهو مذهب الشافعي لحديث الزهري الذي ذكرناه وخبر صفوان بن أمية ، ويشترط أن يكون من يستعان به حسن الرأي في المسلمين ، فإن كان غير مأمون عليهم لم تجز الاستعانة به ، لأننا إذا منعنا الاستعانة بمن لا يؤمن من المسلمين مثل المخذل والمرجف فالكافر أولى

ووجه الأول ما روت عائشة قالت : خرج رسول الله (ص) إلى بدر حتى إذا كان بحرة الوبر أدركه رجل من المشركين كان يذكر منه جرأة ونجدة . فسر المسلمون به ، فقال يا رسول الله جئت لأتبعك وأصيب معك ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتؤمن بالله ورسوله ؟ قال لا ، قال فارجم فلن أستعين بمشرك . قالت ثم مضى رسول الله عليه الصلاة والسلام حتى إذا كان بالبيداء أدركه ذلك الرجل ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتؤمن بالله ورسوله ؟ قال نعم . قال فانطلق ، متفق عليه . ورواه الجوزجاني

وروى الإمام أحمد بإسناده عن عبد الرحمن بن حبيب قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوة أنا ورجل من قومي ولم نسلم ، فقلنا إنا لنستحي أن يشهد قومنا مشهداً لا نشهده معهم ، قال فأسلتما ؟ قلنا لا ، قال فإنا لا نستعين بالمشركين على المشركين ، قال فأسلما وشهدنا معه ، ولأنه غير مأمون على المسلمين فأشبهه المخذل والمرجف . قال ابن المنذر : والذي ذكر أنه استعان بهم غير ثابت .

(فصل) ولا يبلغ بالرضخ للفرس سهم فارس ولا للراجل سهم راجل ، كما لا يبلغ بالتعزير الحد ويفعل الإمام بين أهل الرضخ ما يرى فيفضل العبد المقاتل وذا البأس على من ليس مثله ، ويفضل المرأة المقاتلة والتي تسقى الماء وتداوى الجرحى وتنفع على غيرها .

فإن قيل هلا سويتهم بينهم كما سويتهم بين أهل السهمان ؟ قلنا البهم منصوص عليه غير موكول إلى اجتهاد الإمام فلم يختلف كالحد ودية الحر والرضخ غير مقدر بل هو مجتهد فيه مردود إلى اجتهاد الإمام فاختلف كالتعزير وقيمة العبد .

(فصل) وفي الرضخ وجهان . أحدهما من أصل الغنيمة لأنه استحق بالمعاونة في تحصيل الغنيمة فأشبهه أجره النقالين والحافظين لها والثاني هو من أربعة الاخماس لأنه استحق بحضور الوقعة ؛ فأشبه سهام الغانمين ، وللشافعي قولان كهذين

(فصل)

أول ما يبدأ في قسمة الغنائم بالإسلاف فيدفعها إلى أهلها لأن صاحبها معين ثم بمؤنة الغنيمة من أجره النقال والجمال والحافظ والمخزن ، ثم بالرضخ على أحد الوجهين وفي الآخر بالخمس ، ثم بالأنفال من أربعة الاخماس ثم بقية أربعة الاخماس بين الغانمين ، وإنما قدمنا قسمة أربعة الاخماس على قسمة الخمس ستة معان أحدها أن أهلها حاضرون وأهل الخمس غائبون ، الثاني أن رجوع الغانمين إلى أوطانهم يقف على قسمة الغنيمة وأهل الخمس في أوطانهم ، فكان الاشتغال بقسم نصيبهم ليعودوا إلى أوطانهم أولى ، الثالث : أن الغنيمة حصلت بتحصيل الغانمين وتعيمهم فصاروا بمنزلة من استحقها بعوض وأهل الخمس بخلافه فكان أهل الغنيمة أولى ، الرابع : أنه إذا قسم الغنيمة بين الغانمين أخذ كل إنسان نصيبه لحمله

واهتم به وكفى الامام مؤنته ، والجنس اذا قسم ليس له من يكفى الامام مؤنته فلا
تحصل الفائدة بقسمته بل كان يحمله مجتمعا فصار يحمله متفرقا فكان تاخير قسمته
أولى ، الخامس : أن الجنس لا يمكن قسمه بين أهله كلهم لأنه يحتاج الى معرفتهم
وعددهم ولا يمكن ذلك مع غيبتهم ، السادس : ان الغائبين ينتفعون بسهامهم
ويتمكنون من التصرف فيها لحضورهم بخلاف أهل الجنس

مسألة ، قال (واذا غزا العبد على فرس لسيد قسم للفرس فكان لسيد
ويرضخ للعبد)

أما الرضخ للعبد فكما تقدم وأما الفرس التي تحته فيستحق مالهما سهمها ، فإن
كان معه فرسان أو أكثر اسهم لفرسين ويرضخ للعبد ، نص على هذا احمد
وقال ابو حنيفة والشافعي : لا يسهم للفرس لأنه تحت من لا يسهم له فلم يسهم له
كما لو كان تحت مخذل

ولنا انه فرس حضر الواقعة وقوتل عليه فاستحق السهم كما لو كان السيد راكبه
إذا ثبت هذا فإن سهم الفرس ورضخ العبد لسيد لأنه مالك ومالك فرسه ،
وسواء حضر السيد القتال أو غاب عنه ، وفارق فرس المخذل لان الفرس له فإذا
لم يستحق شيئا بحضوره فلأن لا يستحق بحضور فرسه أولى

فصل

وان غزا الصبي على فرس أو المرأة أو الكافر إذا قلنا لا يستحق الا الرضخ
لم يسهم للفرس في ظاهر قول اصحابنا ، لانهم قالوا لا يبلغ بالرضخ ، للفارس سهم
فارس ، وظاهر هذا انه يرضخ له وفرسه مالا يبلغ سهم الفارس ، ولأن سهم
الفرس له فإذا لم يستحق السهم بحضوره ففرسه أولى بخلاف العبد فان الفرس لغيره
(فصل) واذا غزا المرجف أو المخذل على فرس فلا شيء له ولا للفرس لما
ذكرنا ، وان غزا العبد بغير اذن سيده لم يرضخ له لأنه عاص بغزوه فهو كالمخذل
والمرجف ، وان غزا الرجل بغير اذن والديه أو بغير اذن غريمه استحق السهم
لان الجهاد يتعين عليه بحضور الصف فلا يبقى عاصيا فيه بخلاف العبد

(فصل) ومن استعار فرساً ليغزو عليه ففعل فسهم الفرس للمستعير ، وبهذا قال الشافعي لأنه يتمكن من الغزو عليه بإذن صحيح شرعي فأشبه ما لو استأجره . وعن أحمد رواية أخرى أن سهم الفرس لمالك لأنه من ثمائه فأشبه ولده ، وبهذا قال بعض الحنفية ، وقال بعضهم : لا سهم للفرس لأن مالك لم يستحق سهماً فلم يستحق للفرس شيئاً كالمخذل والمرجف ، والأول أصح لأنه فرس قاتل عليه من يستحق سبها وهو مالك لنفعه فاستحق سهم الفرس كالمستأجر ؛ ولأن سهم الفرس مستحق بمنفعته وهي المستعير بإذن المالك فيها ، وفارق النماء والولد فإنه غير مأذون له فيه . فأما إن استعاره لغير الغزو ثم غزا عليه فهو كالفرس المخصوص على ما سذكروه .

(فصل) فإن غصب فرساً فقاتل عليه فسهم الفرس لمالك ، نص عليه أحمد ، وقال بعض الحنفية لا يسهم للفرس ، وهو وجه لأصحاب الشافعي ، وقال بعضهم سهم الفرس للغاصب وعليه أجرته لمالك ، لأنه آله فكان الحاصل بها لمستعملها كلها كما لو غصب منجلاً فاحتش بها أو سيفاً فقاتل به .

ولنا أنه فرس قاتل عليه من يستحق السهم فاستحق السهم كما لو كان مع صاحبه . وإذا ثبت أن له سبهاً كان لمالك ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين وأصاحبه سبهاً وما كان للفرس كان لمالك وفارق ما يحتش به فإنه لا شيء له ، ولأن السهم مستحق بنفع الفرس ونفعه لمالك ، فوجب أن يكون ما يستحق به له والحمد لله .

(فصل) ومن استأجر فرساً ليغزوا عليه فغزى عليه فسهم الفرس له لا نعلم فيه خلافاً لأنه يستحق لنفعه استحقاقاً لازماً فكان سهمه له كمالك .

(فصل) فإن كان المستأجر والمستعير من لا سهم له ، إما لكونه لا شيء له كالمرجف والمخذل أو ممن يرضخ له كالصبي فحكمه حكم فرسه على ما ذكرنا ، وإن غصب فرساً فقاتل عليه احتمل أن يكون حكمه حكم فرسه ؛ لأن الفرس يتبع الفارس في حكمه فيتبعه إذا كان مخصصاً بقياساً على فرسه ، واحتمل أن يكون سهم الفرس لمالك لأن الجناية من راكبه والنقص فيه فيختص المنع به وبما هو تابع له وفرسه تابعة له لأن ما كان لها فهو له والفرس هنا لغيره وسهم المالكهما فلا

ينقص سهمها بنقص سهمه كما لو قاتل العبد على فرس لسيدته ؛ ولو قاتل العبد بغير إذن سيده على فرس لسيدته خرج فيه الوجهان اللذان ذكرناهما فيما اذا غصب فرسا فقاتل عليه لأنه ههنا بمنزلة المغصوب .

(فصل) ولا يجوز تفضيل بعض الغانمين على بعض في القسمة إلا أن ينفل بعضهم من الغنيمة نفلا على ما ذكرنا في الانفال ، فأما غير ذلك فلا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم وسوى بينهم ، ولأنهم اشتركوا في الغنيمة على سبيل التسوية فتجب التسوية كسائر الشركاء .

(فصل)

وإن قال الامام من أخذ شيئا فهو له جاز في إحدى الروايتين ، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، قال أحمد في السرية تخرج فيقول الوالي من جاء بشيء فهو له ومن لم يجيء بشيء فلا شيء له : الانفال الى الامام ، ما فعل من شيء جاز ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في يوم بدر من أخذ شيئا فهو له ، ولأن على هذا غزوا ورضوا به .

والرواية الثانية : لا يجوز ، وهو القول الثاني للشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم الغنائم والخلفاء بعده ، ولأن ذلك يفضي الى اشتغالهم بالانهب عن القتال وظفر العدو بهم فلا يجوز ، ولأن الاغتنام سبب لاستحقاقهم لها على سبيل التساوي فلا يزول ذلك بقول الامام كسائر الاكتساب

وأما قضية بدر فإنها منسوخة فانهم اختلفوا فيها فأنزل الله تعالى (يسألونك عن الانفال قل الانفال لله وللرسول) .

مسألة ، قال (واذا أحرزت الغنيمة لم يكن فيها لمن جاءهم مدداً أو هرب من أسر حظ)

وجملة ذلك ان الغنيمة لمن حضر الموقعة فمن تجدد بعد ذلك من مدد يلحق بالمسلمين أو أسير ينفلت من الكفار فيلحق بجيش المسلمين أو كافر يسلم فلا حق لهم فيها وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة في المدد . ان لحقهم قبل القسمة أو إحرارها بدار الإسلام شاركهم لأن تمام ملكها بتمام الاستيلاء وهو الإحرار الى

دار الإسلام أو قسمتها فمن جاء قبل ذلك فقد أدركها قبل ملكها فاستحل منها
كل ما لو جاء في أثناء الحرب وإن مات أحد من العسكر قبل ذلك فلا شيء له لما ذكرنا
وقد روى الشعبي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى سعد أسهم لمن أتاك قبل أن
تتفقا قتل فارس .

ولنا : ما روى أبو هريرة : أن أبان بن سعيد بن العاص وأصحابه قدموا على
رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير بعد أن فتحها فقال أبان : أقسم لنا يا رسول الله
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اجلس يا أبان ولم يقسم له رسول الله صلى
الله عليه وسلم ، رواه أبو داود .

وعن طارق بن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند فأمدهم أهل الكوفة
فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر أن الغنيمة لمن شهد الواقعة ،
رواه سعيد في سننه ، وروى نحوه عن عثمان في غزوة أرمينية ولأنه مدد لحق بعد
تقضى الحرب أشبه ما لو جاء بعد القسمة أو بعد إحرازها بدار الإسلام ولأن
سبب ملكها الاستيلاء عليها . وقد حصل قبل مجيء المدد ، وقولهم إن ملكها
ياحرازها إلى دار الإسلام ممنوع بل هو بالاستيلاء وقد استولى عليها الجيش قبل
المدد ، وحديث الشعبي مرسل يرويه المجالد وقد تكلم فيه ثم هم لا يعملون به
ولا نحن فقد خصل الإجماع منا على خلافه فكيف يحتاج به ؟

(فصل)

وحكم الأسير يهرب إلى المسلمين حكم المدد سواء قاتل أو لم يقاتل ، وقال
أبو حنيفة . لا يسهم له إلا أن يقاتل لأنه لم يأت للقتال بخلاف المدد . ولنا أن
من استحق إذا قاتل استحق وإن لم يقاتل كالمدد وسائر من حضر الواقعة .

(فصل) وإن لحقهم المدد بعد تقضى الحرب وقبل حيازة الغنيمة أو جاءهم
أسير فظاهر كلام الحرقي أنه يشاركهم لأنه جاء قبل إحرازها .

وقال القاضي : تملك الغنيمة بانقضاء الحرب قبل حيازتها فعلى هذا لا يسهم
لهم ، وإن حازوا الغنيمة ثم جاءهم قوم من الكفار يقاتلونهم فأدركهم المدد فقاتلوا
معههم فقد نص أحمد على أنه لا شيء للدد فاته قال إذا غنم المسلمون غنيمة فله حقهم

العدو وجاء المسلمين مدد فقاتلوا العدو معهم حتى سلموا الغنيمة فلا شيء لهم في الغنيمة لأنهم إنما قاتلوا عن أصحابهم ولم يقسأتلوا عن الغنيمة لأن الغنيمة قد صارت في أيديهم وحووها ، قيل له فإن أهل المصيصة غنموا ثم استنقذ منهم العدو فجاء أهل طرسوس فقاتلوا معهم حتى استنقذوه فقال أحب إلى أن يصطلحوا ، أما في الصورة الأولى فإن الأولين قد أحرزوا الغنيمة وملكوها بحيازتهم فكانت لهم دون من قاتل معهم ؛ وأما في الصورة الثانية فإنما حصلت الغنيمة بقتال الذين استنقذوها في المرة الثانية فينبغي أن يشتركوا فيها لأن الأحرار الأول قد زال بأخذ الكفار لها ، ويحتمل أن الأولين قد ملكوها بالحيازة الأولى ولم يزل ملكهم بأخذ الكفار لها منهم فلماذا أحب أحد أن يصطلحوا عليها .

« مسألة ، قال (ومن بعثه الأمير لمصلحة الجيش فلم يحضر الغنيمة أسهم له) »

هذا مثل الرسول والدليل والطلبة والجاسوس وأشباههم يعيشون لمصلحة الجيش فإنهم يشاركون الجيش وبهذا قال أبو بكر بن أبي مریم وراشد بن سعد وعطية بن قيس ، قالوا : وقد تخلف عثمان يوم بدر فأجرى له رسول الله صلى الله عليه وسلم سهما من الغنيمة ، ويروى عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام يعني يوم بدر فقال : إن عثمان انطلق في حاجة الله وحاجة رسوله وإنني أبايع له . فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهمه ولم يضرب لاحد غاب غيره ، رواه أبو داود .

وعن ابن عمر قال إنما تغيب عثمان عن بدر لأنه كانت تحته ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت مريضة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « إن لك أجر رجل ممن شهد بدرًا وسهمه » رواه البخاري ولأنه في مصلحتهم فاستحق سهما من غنيمتهم كالسرية مع الجيش والجيش مع السرية :

(فصل) وسأل أحمد عن قوم خلفهم الأمير في بلاد العدو وغزا وغنم ولم يمر بهم فرجعوا هل يسهم لهم ؟ قال نعم يسهم لهم لأن الأمير خلفهم ، قيل له فإن نادى الأمير من كان ضميعة فليخلف فتخلف قوم فصاروا إلى لؤلؤة وفيها المسلمون فأقاموا حتى فصلوا ، فقال إذا كانوا قد التجثوا إلى ما من لهم لم يسهم لهم : ولو

تخلفوا وأقاموا في موضع خوف أسهم لهم ، وقال في قوم خلفهم الأمير وأغار في جلد الخيل فقال إن أقاموا في بلد العدو حتى رجع أسهم لهم ، وإن رجعوا حتى صاروا إلى ما منهم فلا شيء لهم قيل له فإن اعتل رجل أو اعتلت دابته وقد أدرب فقال له الأمير أقم أسهم لك أو انصرف إلى أهلك أسهم لك فكرهه وقال هذا ينصرف إلى أهله فكيف يسهم له ؟

(فصل) يجوز قسم الغنائم في دار الحرب وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي وابن المنذر وأبو ثور

وقال أصحاب الرأي : لا تنقسم إلا في دار الإسلام لأن الملك لا يتم عليها إلا بالاستيلاء التام ولا يحصل إلا بأحرارها في دار الإسلام وإن قسمت أساء قاسمها وجازت قسمته لأنها مسألة مجتهد فيها فإذا حكم الإمام فيها بما يوافق قول بعض المجتهدين نفذ حكمه .

ولنا : ما روى أبو إسحاق الفزاري قال : قلت للأوزاعي هل قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً من الغنائم بالمدينة ؟ قال لا أعلمه إنما كان الناس يتبعون غنائمهم ويقسمونها في أرض عدوهم ولم يقفل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن غزاة قط أصاب فيها غنيمة إلا خسمه وقسمه من قبل أن يقفل من ذلك عروة بن المصطلق وهو أذن وخير ولأن كل دار صحت القسمة فيها جازت كدار الإسلام ولأن الملك ثبت فيها بالفهر والاستيلاء فصحت قسمتها كما لو أحرزت بدار الإسلام والدليل على ثبوت الملك فيها أمور ثلاثة .

أحدها : أن سبب الملك الاستيلاء التام وقد وجد فأننا اثبتنا أيدينا عليها حقيقة وقهرناهم ونفيناهم عنها والاستيلاء يدل على حاجة المستولى فيثبت الملك كما في المباحات .

الثاني : أن ملك الكفار قد زال عنها بدليل أنه لا ينفذ عتقهم في العبيد الذين حصلوا في الغنيمة ولا يصح تصرفهم فيها ولم يزل ملكهم إلى غير مالك إذ ليست في هذه الحال مباحة علم أو ملكهم زال إلى الغائبين .

الثالث : أنه لو أسلم عبداً لحربي ولحق بجيش المسلمين صار حراً وهذا يدل على زوال ملك الكافر وثبوت الملك لمن قهره وبهذا يحصل الجواب عما ذكره

«مسألة ، قال (واذا سبوا لم يفرق بين الوالد وولده ولا بين الوالدة وولدها)

أجمع أهل العلم على أن التفريق بين الام وولدها الطفل غير جائز هذا قول مالك في أهل المدينة والاوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي فيه ، والاصل فيه ما روى أبو أيوب قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » أخرجه الترمذي ، وقال حديث حسن غريب ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم ، لا توله والدته عن ولدها .

قال أحمد : لا يفرق بين الام وولدها وان رضيت وذلك والله أعلم لما فيه من الاضرار بالولد ولان المرأة قد ترضى بما فيه ضررها ، ثم يتغير قلبها بعد ذلك فتندم لا يجوز التفريق بين الاب وولده وهذا قول أصحاب الرأي ومذهب الشافعي ، وقال بعض أصحابه : يجوز ، وهو قول مالك والليث لانه ليس من أهل الحضانة بنفسه ولا لانه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه لانه الأم اشفق منه .

ولنا أنه أحد الابوين فاشبهه الام ولا نسلم أنه ليس من أهل الحضانة ، وظاهر كلام الحرقى أنه لا فرق بين كون الولد كبيراً بالغاً أو طفلاً وهذا إحدى الروايتين عن أحمد لعدم الخبر ولان الوالدة تتضرر بفارقة ولدها الكبير ولهذا حرم عليه الجهاد بدون إذنهما .

والرواية الثانية : يختص تحريم التفريق بالصغير ، وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن عبد العزيز ومالك والاوزاعي والليث وأبو ثور ، وهو قول الشافعي ، لان سلة بن الاكوع أتى بامرأة وابنتها فنقله أبو بكر ابنتها فاستوهبها منه النبي صلى الله عليه وسلم فوهبها له ولم ينكر التفريق بينهما ، ولان النبي (ص) أهديت اليه مارية وأختها سيرين فأمسك مارية ووهب سيرين لحسان بن ثابت ؛ ولان الاحرار يتفرقون بعد الكبر ، فان المرأة تزوج ابنتها فالعبيد أولى وبما ذكرناه يتخصص عموم حديث النهي ، واختلفوا في حد الكبر الذي يجوز معه التفريق ، فروى عن أحمد يجوز التفريق بينهما إذا بلغ الولد ، وهو قول سعيد بن عبد العزيز

وأصحاب الرأي وقول الشافعي ، وقال مالك : إذا أضر ، وقال الاوزاعي والليث إذا استغنى عن أمه ونفع نفسه .

وقال الشافعي في أحد قوليهِ إذا صار ابن سبع سنين أو ثمان سنين ، وقال أبو ثور ، إذا كان يلبس وحده ويتوضأ وحده لأنه إذا كان كذلك يستغنى عن أمه ، وكذلك خير الغلام بين أمه وأبيه إذا صار كذلك ولأنه جاز التفريق بينهما بتخييره لحاز بيعه وقسمته .

ولنا ما روى عن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يفرق بين الوالدة وولدها فليل الى متى ؟ قال حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية ، ولأن ما دون البلوغ مولى عليه فأشبهه الطفل .

(فصل) وان فرق بينهما بالبيع فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يصح البيع لان النهي لمعنى في غير المعقود عليه فأشبهه البيع في وقت النداء .
ولنا ما روى أبو داود في سننه باسناده عن علي رضي الله عنه أنه فرق بين الأم وولدها فنهاه رسول الله (ص) عن ذلك ورد البيع والاصل ممنوع ولا يصح ما ذكره فإنه نهى عنه لما يلحق المبيع من الضرر فهو لمعنى فيه .

« مسألة ، قال (والجدة في ذلك كالاب والجدة فيه كالام)

وجملة ذلك : أن الجد والجدة في تحريم التفريق بينهما وبين ولد ولدهما كالأبوين لأن الجد أب والجدة أم ، ولذلك يقومان مقام الأبوين في استحقاق الحضانة والميراث والنفقة فقاما مقامهما في تحريم التفريق ويستوى في ذلك الجد والجدة من قبل الأب والام لأن الجميع ولادة ومحرمية فاستووا في ذلك كاستوائهم في منع شهادة بعضهم لبعض .

« مسأله ، قال (ولا يفرق بين أخوين ولا أختين)

وجملته : أنه يحرم التفريق بين الاخوة في القسمة والبيع وبهذا قال أصحاب الرأي ، وقال مالك والليث والشافعي وابن المنذر يجوز لأنها قرابة لا تمنع قبول الشهادة فلم يحرم التفريق كقرابة ابن العم .

ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه قال : وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم

غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما فعل غلامك ؟ ، فأخبر به فقال : رده رده ، رواه الترمذى ، وقال هذا حديث حسن غريب ، وروى عبد الرحمن بن فروخ عن أبيه قال كتب إلينا عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا تفرقوا بين الأخوين ولا بين الأم وولدها فى البيع لأنه ذو رحم محرم فلم يجوز التفريق بينهما كالولد والوالد .

(فصل) ويجوز التفريق بين سائر الأقارب فى ظاهر كلام المحرقى ، وقال غيره من أصحابنا لا يجوز التفريق بين ذوى رحم محرم كالعمة مع ابن أخيها والحالة مع ابن اختها لما ذكرنا من القياس .

ولنا أن الأصل حل البيع والتفريق ، ولا يصح القياس على الأخوة لأنهم أقرب ولذلك يجوبون غيرهم عن الميراث فيبقى فيمن عداهم على مقتضى الأصل فأما من ليس بينهما رحم محرم فلا يمنع من التفريق بينهم عند أحد علمناه لعدم النص فيهم وامتناع القياس على المنصوص ، وكذلك يجوز التفريق بين الأم من الرضاع وولدها والأخت وأختها لذلك ولأن قرابة الرضاع لا توجب عتق أحدهما على صاحبه ولا نفقة ولا ميراثا فلم تمنع التفريق كالصدقة .

(فصل) وإذا كان فى المغنم من لا يجوز التفريق بينهم وكان قدرهم حصة واحد من الغنائم دفعوا إلى واحد ، وإن كان فيهم فضل فرضى برد قيمة الفضل جاز ، وإن لم يكن ذلك بيعوا جملة وقسم ثمنهم أو يجعلوا فى الخمس ، ويجوز التفريق بينهم فى العتق والفداء لأن العتق لا تفرقة فيه فى المكان والفداء تخلص فهو كالعتق .

مسألة ، قال (ومن اشترى منهم وهم مجتمعون فتبين أن لا نسب بينهم رد إلى المقسم الفضل الذى فيه بالتفريق)

وجملته : أن من اشترى من المغنم اثنين أو أكثر وحسبوا عليه بنصيبه بناء على أنهم أقارب يحرم التفريق بينهم فبان أنه لا نسب بينهم وجب عليه رد الفضل الذى فيهم على المغنم لأن قيمتهم تزيد بذلك فإن اشترى اثنين بناء على أن أحدهما أم الأخرى لا يحل له الجمع بينهما فى الوطء ولا بيع أحدهما دون الأخرى فكانت

قيمتها قليلة لذلك : فإن بان أن إحداهما أجنبية من الأخرى أبيح له وطؤهما وبيع إحداهما فتكثر قيمتهما فيجب رد الفضل كما لو اشتراهما فوجد معهما حلياً أو ذهباً فتكثر قيمتهما وكما لو أخذ دراهم فبانت أكثر مما حسب عليه .

« مسألة » قال (ومن سبي من أطفالهم منفرداً أو مع أحد أبويه فهو مسلم ومن سبي مع أبويه فهو على دينها)

وجملته : أنه إذا سبي من لم يبلغ من أولاد الكفار صار رقيقاً ولا يخلو من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يسبي منفرداً عن أبويه فهذا يصير مسلماً إجماعاً لأن الدين إنما يثبت له تبعاً وقد انقطعت تبعيته لأبويه لانقطاعه عنها وإخراجه عن دارهما ومسيره إلى دار الإسلام تبعاً لسابيه المسلم فكان تابعاً له في دينه

والثاني : أن يسبي مع أحد أبويه فانه يحكم بإسلامه أيضاً وبهذا قال الأوزاعي وقال أبو حنيفة والشافعي يكون تابعاً لأبيه في الكفر لأنه لم ينفرد عن أحد أبويه فلم يحكم بإسلامه كما لو سبي معها ، وقال مالك أن سبي مع أبيه يتبعه لأن الولد يتبع أباه في الدين كما يتبعه في النسب وإن سبي مع أمه فهو مسلم لأنه لا يتبعها في النسب فكذلك في الدين .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه » فمفهومه أنه لا يتبع أحدهما لأن الحكم متى علق بشيئين لا يثبت بأحدهما ولأنه يتبع سابيه منفرداً فيتبعه مع أحد أبويه قياساً على ما لو أسلم أحد الأبوين ، يحققه أن كل شخص غلب حكم إسلامه منفرداً غلب مع أحد الأبوين كالمسلم من الأبوين .

الثالث : أن يسبي مع أبويه فانه يكون على دينها وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ، وقال الأوزاعي يكون مسلماً لأن السابي أحق به لكونه ملكه بالسبي وزالت ولاية أبويه عنه وانقطع ميراثها منه وميراثه منها فكان أولى به منها .

ولنا : قوله عليه السلام « فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه » وهما معه

وملك السباي له لا يمنع اتباعه لأبويه بدليل ماله ولد في ملكه من عبده وأمه الكافرين .

(فصل . وإذا سبي المتزوج من الكفار لم يخل من ثلاثة أحوال .
أحدها : أن يسبي الزوجان معا فلا يفسخ نكاحهما وبهذا قال أبو حنيفة والأوزاعي ، وقال مالك والثوري والليث والشافعي وأبو ثور يفسخ نكاحهما لقوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) والمحصنات المزوجات (الا ما ملكت أيمانكم) بالسبي .

قال أبو سعيد الخدري : نزلت هذه الآية في سبي أوطاس ، وقال ابن عباس الا ذوات الأزواج من المسيبات ولأنه استولى على محل حق الكافر فزال ملكه كما لو سباهما وحدها .

ولنا أن الرق معنى لا يمنع ابتداء النكاح فلا يقطع استدামته كالتق والاية نزلت في سبايا أوطاس وكانوا أخذوا النساء دون أزواجهن وعموم الآية مخصوص بالملوكة المزوجة في دار الإسلام فيخص منه محل النزاع بالقياس عليه .

الحال الثاني . أن تسبي المرأة وحدها فيفسخ النكاح بلا خلاف علمناه ، والاية دالة عليه ، وقد روى أبو سعيد الخدري قال : أصبنا سبايا يوم أوطاس ولهن أزواج في قومهن فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) رواه الترمذي ، وقال هذا حديث حسن إلا أن أبا حنيفة قال : إذا سبيت المرأة وحدها ثم سبي زوجها بعدها بيوم لم يفسخ النكاح ولنا أن السبب المقتضى للفسخ وجد فأنفسخ النكاح كما لو سبي بعد شهر .

الحال الثالث : سبي الرجل وحده فلا يفسخ النكاح لأنه لا نص فيه ولا القياس يقتضيه وقد سبي النبي صلى الله عليه وسلم سبعين من الكفار يوم بدر فن على بعضهم وقادى بعضا فلم يحكم عليهم بفسخ أنكحتهم ولأننا إذا لم نحكم بفسخ النكاح فيما إذا سبيا معاً مع الاستيلاء على محل حقه فلأن لا يفسخ نكاحه مع عدم الاستيلاء أولى .

وقال أبو الخطاب : إذا سبي أحد الزوجين أنفسخ النكاح ولم يفرق ، وبه قال أبو حنيفة لأن الزوجين افترقت بهما الدار وطراً الملك على أحدهما فأنفسخ النكاح .

كما لو سببت المرأة وحدها ، وقال الشافعي : ان سبي واسترق انفسخ نكاحه ، وان من عليه أو فودي لم ينفسخ .

ولنا ما ذكرناه وأن السبي لم يزل ملكه عن ماله في دار الحرب فلم يزل عن زوجته كما لم يزل عن أمته .

(فصل) ولم يفرق أصحابنا في سبي الزوجين بين أن يسبيهما رجل واحد أو رجلان وينبغي أن يفرق بينهما فانهما اذا كانا مع رجلين كان مالك المرأة منفرداً بها ولا زوج معه لها فتحل له لقوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيانكم) وذكر الاوزاعي أن الزوجين إذا سبيا فهما على النكاح في المقاسم فإن اشتراهما رجل فله أن يفرق بينهما إن شاء أو يقرهما على النكاح .

ولنا أن تجدد الملك في الزوجين لرجل لا يقتضي جواز الفسخ كما لو اشترى زوجين مسلمين ، إذا ثبت هذا فإنه لا يحرم التفريق بين الزوجين في القسمة والبيع لان الشرع لم يرد بذلك .

(فصل) اذا أسلم الحربى في دار الحرب حقن ماله ودمه وأولاده الصغار من السبي ، وان دخل دار الاسلام فأسلم وله أولاد صغار في دار الحرب صاروا مسلمين ولم يحز سبيهم ؛ وبه قال مالك والشافعي والاوزاعي .

وقال أبو حنيفة ما كان في يديه من ماله ورقيقه ومتاعه وولده الصغار ترك له وما كان من أمواله بدار الحرب جاز سبيهم لأنه لم يثبت إسلامهم بإسلامه لاختلاف الدارين بينهم ولهذا إذا سبي الطفل وأبواه في دار الكفر لم يتبعهما ويتبع ساويه في الإسلام وما كان من أرض أو دار فهو فيه ، وكذلك زوجته إذا كانت كافرة وما في بطنها فيه .

ولنا : أن أولاده أولاد مسلم فوجب ان يتبعوه في دار الاسلام كما لو كانوا معه في الدار ولأن ماله مال مسلم فلا يجوز اغتنامه كما لو كان في دار الاسلام وبذلك يفارق مال الحربى وأولاده وما ذكره أبو حنيفة لا يلزم فإننا نجعله تبعا للسبي لانتا لا نعلم بقاء أبويه ، فأما أولاده الكبار فلا يعصمهم لأنهم لا يتبعونه ولا يعصم زوجته لذلك فإن سببت صارت رقيقا ولم ينفسخ نكاحه برقها ولكن يكون حكمها في النكاح وفسخه حكم ماله لم تسب على مامر في نكاح اهل الشرك

فان كانت حاملا من زوجها لم يجر استرقاق الحمل وكان حراً مسلماً وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يحكم برقه مع أمه لأن ماسرى إليه العتق مسرى إليه الرق كسائر أعضائها .

ولنا : أنه محكوم بحريته وإسلامه فلم يجر استرقاقه كالمفصل ويخالف الأعضاء لأنها لا تنفرد بحكم عن الأصل .

(فصل) وإذا أسلم الحربى فى دار الحرب وله مال وعقار أو دخل إليها مسلم فابتاع عقاراً أو مالا فظهر المسلمون على ماله وعقاره لم يملكوه وكان له ، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة : يغم العقار وأما غيره فما كان فى يده أو يد مسلم لم يغم واحتج بأنها بقعة من دار الحرب فجاز اغتنامها كما لو كانت لحربى . ولنا أنه مال مسلم فأشبه ما لو كانت فى دار الاسلام .

(فصل) إذا استاجر المسلم أرضاً من حربى ثم استولى عليها المسلمون فهى غنيمة ومنافعها للمستاجر لأن المنافع ملك المسلم . فان قيل فلم أجزتم استرقاق الكافرة الحربية إذا كان زوجها قد أسلم وفى استرقاقها إبطال حق زوجها ؟ قلنا يجوز استرقاقها لأنها كافرة ولا أمان لها فجاز استرقاقها كما لو لم تكن زوجة مسلم فلا يبطل نكاحه بل هو باق ولأن منفعة النكاح لا تجرى مجرى الأموال بدليل أنها لا تضمن باليد ولا يجوز اخذ العوض عنها بخلاف حق الإجارة .

(فصل) إذا أسلم عبداً لحربى أو أمته وخرج إلينا فهو حر وإن أمر سيده وأولاده وأخذ ماله وخرج إلينا فهو حر والمال له والسبي رقيقه وإن أسلم وأقام بدار الحرب فهو على رقه . وإن أسلمت أم ولد الحربى وخرجت إلينا عتقت واستبرأت نفسها ، وهذا قول أكثر أهل العلم .

قال ابن المنذر : وقال به كل من نحفظ عنه من أهل العلم إلا أن أبا حنيفة قال فى أم الولد تزوج أن شأت من غير استبراء وأهل العلم على خلافه لأنها أم ولد عتقت فلم يجر أن تزوج بغير استبراء كما لو كانت لذى .

وروى سعيد بن منصور حدثنا يزيد بن هارون عن الحجاج عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتق العبيد إذا جاءوا قبل مواليهم .

وعن أبي سعيد الأعمش قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في العبد وسيدته قضيتين : قضى أن العبد إذا خرج من دار الحرب قبل سيده أنه حر ، فإن خرج سيده بعد لم يرد عليه وقضى أن السيد إذا خرج قبل العبد ثم خرج العبد رد على سيده ، رواه سعيد أيضا .

وعن الشعبي عن رجل من ثقيف قال : سألتنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد علينا أبا بكره وكان عبداً لنا أنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر ثقيفاً فأسلم فإني أن يرده علينا وقال هو طليق الله ثم طليق رسوله فلم يرده علينا ، مسألة ، قال (وما أخذه أهل الحرب من أموال المسلمين وعبيدهم فأدركه صاحبه قبل قسمه فهو أحق به)

فإن أدركه مقسوماً فهو أحق به بالثمن الذي ابتاعه من المغنم في إحدى الروايتين والرواية الأخرى إذا قسم فلا حق له فيه بحال ، يعني إذا أخذ الكفار أموال المسلمين ثم قهرهم المسلمون فأخذوها منهم فإن علم صاحبها قبل قسمها ردت إليه بغير شيء في قول عامة أهل العلم منهم عمر رضي الله عنه وعطاء والنخعي وسليمان ابن ربيعة والليث ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الزهري لا يرد إليه وهو للجيش ، ونحوه عن عمرو بن دينار لأن الكفار ملكوه باستيلائهم فصار غنيمة كسائر أموالهم .

ولنا ما روى ابن عمر : أن غلاماً له أبق إلى العدو فظهر عليه المسلمون فردّه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ابن عمر ولم يقسم ، وعنه قال : ذهب فرس له فأخذها العدو فظهر عليه المسلمون فردّه عليه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، رواهما أبو داود .

وعن جابر بن حيوة : أن أبا عبيدة كتب إلى عمر بن الخطاب فيما أحرز المشركون من المسلمين ثم ظهر المسلمون عليهم بعد ، قال : من وجد ماله بعينه فهو أحق به ما لم يقسم ، رواه سعيد والاثرم

فأما ما أدركه بعد أن قسم فقيه روايتان . إحداهما أن صاحبه أحق به بالثمن الذي حسب به على من أخذه ، وكذلك إن بيع ثم قسم ثمنه فهو أحق به بالثمن .

وهذا قول أبي حنيفة والثوري والأوزاعي ومالك لما روى ابن عباس رضي الله عنه ، أن رجلا وجد بعيرا له كان المشركون أصابوه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : إن أصبته قبل أن تقسمه فهو لك ، وإن أصبته بعدما قسم أخذته بالقيمة ، ولأنه إذا امتنع أخذه له بغير شيء كيلا يفضى إلى حرمان أخذه من الغنيمة أو يضيع الثمن على المشتري وحقها ينجر بالثمن فيرجع صاحب المال في عين ماله بمنزلة مشتري الشقص المشفوع ، إلا أن المحكي عن مالك وأبي حنيفة أنه يأخذه بالقيمة ، ويروى عن مجاهد مثله .

والرواية الثانية عن أحمد أنه إذا قسم فلا حق له فيه بحال ، نص عليه في رواية أبي داود وغيره ، وهو قول عمر وعلى وسلمان بن ربيعة وعطاء والنخعي والليث قال أحمد : أما قول من قال هو أحق بالقيمة فهو قول ضعيف عن مجاهد ، وقال الشافعي : يأخذه صاحبه قبل القسمة وبعدها ويعطى مشتريه ثمنه من خمس المصالح لأنه لم يزل عن ملك صاحبه ، فوجب أن يستحق أخذه بغير شيء كما قبل القسمة ويعطى من حسب عليه القيمة اثلا يفضى إلى حرمان أخذه حقه من الغنيمة وجعل من سهم المصالح لأن هذا منها ، وهذا قول ابن المنذر .

ولنا ما روى أن عمر رضي الله عنه كتب إلى السائب أيما رجل من المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به من غيره ، وإن أصابه في أيدي التجار بعدما اقتسم فلا سبيل له إليه ، وقال سلمان بن ربيعة : إذا قسم فلا حق له فيه ، رواهما سعيد في سننه ولأنه إجماع

قال أحمد : إنما قال الناس فيها قولين : إذا قسم فلا شيء له ، وقال قوم : إذا قسم فهو له بالثمن . فأما أن يكون له بعد القسمة بغير ذلك فلم يقله أحد ، ومتى ما انقسم أهل العصر على قولين في حكم لم يحز إحداهما قول ثالث لأنه يخالف الإجماع فلم يحز المصير إليه . وقد روى أصحابنا عن ابن عمر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أدرك ماله قبل أن يقسم فهو له ، وإن أدركه بعد أن قسم فليس له فيه شيء ، والمعمول على ما ذكرنا من الإجماع ، وقولهم لم يزل ملك صاحبه عنه غير مسلم .

(فصل) وإن أخذه أحد الرعية بهبة أو سرقة أو بغير شيء فصاحبه أحق به

بغير شيء . وقال أبو حنيفة : لا يأخذه إلا بالقيمة لأنه صار ملكا لواحد بعينه ، فأشبهه ما لو قسم .

ولنا ما روى أن قوما أغاروا على سرح النبي صلى الله عليه وسلم فأخذوا ناقته وجارية من الانصار فأقامت عندهم أياما ثم خرجت في بعض الليل ، قالت فما وضعت يدي على ناقة الا رغت حتى وضعتها على ناقة ذلول فامتطيتها ثم توجهت الى المدينة ونذرت أن نجانى الله عليها أن أنحرها ، فلما قدمت المدينة استعرفت الناقة فإذا هي ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذها ، فقلت يا رسول الله انى نذرت أن أنحرها ، فقال بذسها جازيتها لا نذر في معصية .

وفي رواية : لا نذر فيها لا يملك ابن آدم ، رواه احمد ومسلم ، ولأنه لم يحصل في يده بعوض فكان صاحبه أحق به كما لو أدركه في الغنيمة قبل قسمه ، فأما ان اشتراه رجل من العدو فليس لصاحبه أخذه الا بثمنه لما روى سعيد حدثنا عثمان ابن مطر الشيباني حدثنا ابو حريز عن الشعبي قال : أغار أهل ماه وأهل جلولا على العرب فأصابوا سبايا من سبايا العرب ورقيقا ومتاعا ، ثم ان السائب بن الاقرع عامل عمر غزاهم ففتح ماه فكتب الى عمر في سبايا المسلمين ورقيقهم ومتاعهم قد اشتراه التجار من أهل ماه ، فكتب اليه عمر : ان المسلم أخو المسلم لا يخنونه ولا يأخذاه فأبى رجل من المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به وان أصابه في أيدي التجار بعدما اقتسم فلا سبيل اليه وأبى حر اشتراه التجار فانه يرد عليهم رهوس أموالهم فإن الحر لا يباع ولا يشتري .

وقال القاضي . ما حصل في يده بهبة أو سرقة أو شراء فهو كما لو وجده صاحبه بعد القسمة هل يكون صاحبه أحق به بالقيمة ؟ على روايتين والاولى ما ذكرناه وان علم الامام بالالمسلم قبل قسمه فقسمة وجب رده وكان صاحبه أحق به بغير شيء لان قسمته كانت باطلة من اصلها .

(فصل) وان تنم المسلمون من المشركين شيئا عليه علامة المسلمين فلم يعلم صاحبه فهو غنيمة .

قال احمد في مراكب نجى . من مصر يقطع عليها الروم فيأخذونها ثم يأخذها المسلمون منهم ان عرف صاحبها فلا يؤكل منها ، وهذا يدل على انه اذا لم يعرف

صاحبها جاز الأكل منها ، ونحو هذا قول الثوري والأوزاعي قالوا في المصحف يحصل في الغنائم بيع ، وقال الشافعي يوقف حتى يجيء صاحبه ، وإن وجد شيء موسوم عليه حبس في سبيل الله رد كما كان . نص عليه أحمد وبه قال الأوزاعي والشافعي ، وقال الثوري يقسم ما لم يأت صاحبه .

ولنا أن هذا قد عرف مصرفه وهو الحبس ، فهو بمنزلة ما لو عرف صاحبه قيل لأحمد فالجواميس تدرك وقد ساقها العدو للمسلمين وقد ردت يؤكل منها ؟ قال إذا عرف لمن هي فلا يؤكل منها ، قيل لأحمد فما حاز العدو للمسلمين فأصابه المسلمون أعليهم أن يقفوه حتى يتبين صاحبه ؟ قال إذا عرف فقيل هو لفلان وكان صاحبه بالقرب ، قيل له أصيب غلام في بلاد الروم ، قال أنا لفلان رجل ؟ قال إذا عرف الرجل لم يقسم ماله ورد على صاحبه ، قيل له أصبنا مركبا في بلاد الروم فيها النواتية قالوا هذا لفلان وهذا لفلان ؟ قال هذا قد عرف صاحبه لا يقسم (فصل) قال القاضي : يملك الكفار أموال المسلمين بالقهر وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وقال أبو الخطاب : لا يملكونها وهو قول الشافعي ، قال وهو ظاهر كلام أحمد حيث قال إن أدركه صاحبه قبل قسمه فهو أحق به ، وإنما منعه أخذه بعد قسمه لأن قسمة الإمام له تجري مجرى الحكم ومتى صادف الحكم أمراً مجتمداً فيه نفذ حكمه .

وحكى عن أحمد في ذلك روايتان ، واحتج من قال لا يملكونها بحديث ناقة النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنه مال معصوم طرأت عليه يد عادية فلم يملك بها كالغصب ولأن من لا يملك رقبة غيره بالقهر لم يملك ماله به كالمسلم مع المسلم ، ووجه الأول أن القهر سبب يملك به المسلم مال الكافر فملك به الكافر مال المسلم كالبيع ، فأما الناقة فإنما أخذها النبي صلى الله عليه وسلم لأنه أدركها غير مقسومة ولا مشترأة ، فعلى هذا يملكونها قبل حيازتها إلى دار الكفر ، وهو قول مالك . وذكر القاضي أنهم إنما يملكونها بالحيازة إلى دارهم ، وهو قول أبي حنيفة ، وحكى في ذلك عن أحمد روايتان ، ووجه الأول أن الاستيلاء سبب للملك فيثبت قبل الحيازة إلى الدار كاستيلاء المسلمين على مال الكفار ولأن ما كان سببا للملك أثبتته حيث وجد كالهبة والبيع ، وقائدة الخلاف في ثبوت الملك وعدمه : أن من

أثبت الملك للكفار في أموال المسلمين أباح للمسلمين إذا ظهروا عليها قسمتها والتصرف فيها ما لم يعلموا صاحبها ، وأن الكافر إذا أسلم وهي في يده فهو أحق بها ، ومن لم يثبت الملك اقتضى مذهبه عكس ذلك والله أعلم

(فصل)

ولا أعلم خلافا في أن الكافر الحربي إذا أسلم أو دخل إلينا بأمان بعد أن استولى على مال مسلم فأتلفه أنه لا يلزمه ضمانه ، وإن أسلم وهو في يده فهو له بغير خلاف في المذهب لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أسلم على شيء فهو له ، وإن كان أخذه من المستولى عليه بهبة أو سرقة أو شراء فكذلك لأنه استولى عليه في حال كفره فأشبهه ما استولى عليه بقهره للمسلم . وعن أحمد أن صاحبه يكون أحق به بالقيمة ، وإن استولى على جارية مسلم فاستولدها ثم أسلم فهي له وهي أم ولد له . نص عليه أحمد لأنها مال فأشبهت سائر الأموال ، وإن غنمها المسلمون وأولادها قبل إسلام سائرها فعلم صاحبها ردت إليه وكان أولادها غنيمة لأنهم أولاد كافر حدثوا بعد ملك الكافر لها .

(فصل) وإن استولوا على حر لم يملكوه سواء كان مسلماً أو ذمياً .

لا أعلم في هذا خلافاً لأنه لا يضمن بالقيمة ولا تثبت عليه يد بحال وكل ما يضمن بالقيمة يملكونه بالقهر كالعروض والعبد القن والمدبر والمكاتب وأم الولد وقال أبو حنيفة : لا يملكون المكاتب وأم الولد لأنها لا يجوز نقل الملك فيهما فلهما كالحر .

ولنا أنهما يضمنان بالقيمة فيملكونها كالعبد القن ، ويحتمل أن يملكوا المكاتب دون أم الولد لأن أم الولد لا يجوز نقل الملك فيها ولا يثبت فيها غير سيدها . وقائدة الخلاف أن من قال بثبوت الملك فيهما قال : متى قسمها أو اشتراها إنسان لم يكن لسيدهما أخذهما إلا بالثمن

قال الزهري في أم الولد : يأخذها سيدها بقيمة عدل ، وقال مالك : يفديها الإمام فإن لم يفعل يأخذها سيدها بقيمة عدل ولا يدعها يستحل فرجها من لا تحل له . ومن قال لا يثبت الملك فيهما رداً إلى ما كانا عليه على كل حال كالحر ، وإن

اشترهما إنسان فالحكم فيهما كالحكم في الحر إذا اشتراه .
 (فصل) إذا أبق عبد المسلم الى دار الحرب فأخذه ملكوه كالمال ، وهذا قول مالك وأبي يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يملكوه ، وعن أحمد مثل ذلك لانه إذا صار في دار الحرب زالت يد مولاه عنه وصار في يد نفسه فلم يملك كالحر . ولنا أنه مال لو أخذه من دار الاسلام ملكوه فإذا أخذه من دار الحرب ملكوه كالبيمة .

ومسألة ، قال (ومن قطع من مواتهم حجراً أو عوداً أو صاد حوتاً أو ظيماً رده على سائر الجيش إذا استغنى عن أكله والمنفعة به)

يعنى إذا أخذ شيئاً له قيمة من دار الحرب فالمسلمون شركاؤه فيه ، وبه قال أبو حنيفة والثوري . وقال الشافعي : ينفرد أخذه بملكه لأنه لو أخذه من دار الاسلام ملكه فإذا أخذه من دار الحرب ملكه كالشيء التافه ، وهذا قول مكحول والاوزاعي ونقل ذلك عن القاسم وسالم

ولنا انه مال ذو قيمة مأخوذ من أرض الحرب بظهر المسلمين فكان غنيمة كالمطعمات ، وفارق ما أخذه من دار الاسلام لأنه لا يحتاج الى الجيش في أخذه ، فأما ان احتاج الى أكله والانتفاع به فله ذلك ولا يرد ، لأنه لو وجد طعاماً مملوكاً للكفار كان له أكله اذا احتاج فما أخذ من الصيد والمباحات أولى .
 (فصل) وان أخذ من بيوتهم أو خارج منها مالا قيمة له في أرضهم كالمسن والاقلام والاحجار والادوية فله أخذه وهو أحق به ، وان صارت له قيمة بنقله أو معالجته نص أحمد على نحو هذا ، وبه قال مكحول والاوزاعي والشافعي ، وقال الثوري : اذا جاء به الى دار الاسلام دفعه في المقسم وان عالج فصار له ثمن أعطى بقدر عمله فيه وبقية في المقسم ، ولنا ان القيمة انما صارت له بعمله أو بنقله فلم تكن غنيمة كما لو لم تصرف له قيمة

(فصل) وان ترك صاحب المقسم شيئاً من الغنيمة عجزاً عن حمله فقال من اخذ شيئاً فهو له فمن حمل شيئاً فهو له نص عليه أحمد ، وسئل عن قوم غنموا غنائم كثيرة فبقي خرد المتاع مما لا يباع ولا يشتري فبدعه الوالى بمنزلة العقار والفخار

وما أشبه ذلك يأخذه الانسان لنفسه ؟ قال نعم إذا ترك ولم يشتر ، ونحو هذا قول مالك . ونقل عنه أبو طالب في المتاع لا يقدر على حمله ، إذا حمله رجل يقسم ، وهذا قول ابراهيم .

قال الحلال : روى أبو طالب هذه في ثلاثة مواضع ، في موضع منها وافق أصحابه ، وفي موضع خالفهم ، قال ولا شك أن أبا عبد الله قال هذا أولاً ثم تبين له بعد ذلك أن للامام أن يبيحه وأن يحرمه وأن لهم أن يأخذوه إذا تركه الامام إذا لم يجد من يحمله ، لأنه إذا لم يجد من يحمله ولم يقدر على حمله بمنزلة مالا قيمة له فصار كالذي ذكرناه في الفصل قبل هذا .

(فصل) وان وجد في أرضهم ركازاً فإن كان في موضع يقدر عليه بنفسه فهو كما لو وجد في دار الاسلام فيه الخمس وباقيه له ، وان قدر عليه بجماعة المسلمين فهو غنيمة ، ونحو هذا قول مالك والأوزاعي والليث . وقال الشافعي : إن وجد في مواتهم فهو كما لو وجد في دار الاسلام .

ولنا ما روى عاصم بن كليب عن أبي الجويرية الحرمي قال : أصبت بأرض الروم جرة حمراء فيها دنانير في إمرة معاوية وعلينا معن بن يزيد السلمي فأتيته بها فقسمها بين المسلمين وأعطاني مثل ما أعطى رجلاً منهم ثم قال : لولا أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول . لا نفل إلا بعد الخمس لأعطيتك ، ثم أخذ يعرض على من نصيبه فأبيت ، أخرجه أبو داود ، ولأنه مال مشرك ظهر عليه بقوة جيش المسلمين فكان غنيمة كما موألهم الظاهرة .

(فصل) وسئل أحمد عن الدابة تخرج من بلد الروم أو تنفلت فتدخل القرية وعن القوم يضلون عن الطريق فيدخلون القرية من قرى المسلمين فيأخذونهم فقال يكونون لأهل القرية كلهم يتقاسمونهم ، وسئل عن قوم يكونون في حصن أو رباط فيخرج منهم قوم إلى قتالهم فيصيبون دواباً أو سلاحاً ، فقال أبو عبد الله تكون بين أهل الرباط وأهل الحضرة من القرية ، وسئل عن مركب بعث به ملك الروم فيه رجاله فطرحت الریح إلى طرطرس ، فخرج إليه أهل طرطوس فقتلوا الرجال وأخذوا الأموال ، فقال هذا في المسلمين مما أقام الله عليهم . وقال الزهري هو لمن غنمه وفيه الخمس ، فقال أبو الخطاب : من ضل الطريق منهم أو حملته

الريح اليها فهو لمن أخذه في إحدى الروايتين لأنه متاع أخذه أحد المسلمين بغير قوة مسلم فكان له كالحطب والرواية الثانية يكون فيها

(فصل) ومن وجد في دارهم لقطة فإن كانت من متاع المسلمين فهي لقطة يعرفها سنة ثم يملكها ، وإن كانت من متاع المشركين فهي غنيمة ، وإن احتمل الأمرين عرفها حولا ثم جعلها في الغنيمة نص عليه أحمد ويعرفها في بلد المسلمين لأنها تحتل الأمرين فغلب فيما حكم مال المسلمين في التعريف وحكم مال أهل الحرب في كونها غنيمة احتياطا .

« مسألة » قال (ومن تلف فضلا عما يحتاج إليه رده على المسلمين فإن باعه رد ثمنه في المقسم)

أجمع أهل العلم إلا من شذ منهم على أن للغزاة إذا دخلوا أرض الحرب أن يأكلوا مما وجدوا من الطعام ويلبفوا دوابهم من أعلافهم ، منهم سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي والقاسم وسالم والثوري والأوزاعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . وقال الزهري . لا يؤخذ إلا بإذن الامام . وقال سليمان بن موسى : لا يترك إلا أن ينهى عنه الامام فيتقن نهيه .

ولنا ما روى عبد الله بن أبي أوفى قال « اصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف ، رواه سعيد وابوداود . وروى أن صاحب جيش الشام كتب إلى عمر : إنا اصبنا أرضا كثيرة الطعام والعلف وكرهت أن أتقدم في شيء من ذلك فكتب إليه : دع الناس يلبفون ويأكلون ، فمن باع منهم شيئا بذهب أو فضة فقيه خمس الله وسهام المسلمين . رواه سعيد

وقد روى عبد الله بن مغفل قال « دلى جراب من شحم يوم خيبر فالتزمته وقلت : والله لا أعطي أحدا منه شيئا ، فالتفت فإذا رسول الله (ص) يضحك فاستحييت منه ، متفق عليه ، ولأن الحاجة تدعو إلى هذا ، وفي المنع منه مضرة بالجيش وبدوابهم ، فإنه يعسر عليهم نقل الطعام والعلف من دار الاسلام ولا يجدون بدار الحرب ما يشترونه ولو وجدوه لم يجدوا ثمنه ، ولا يمكن قسمة

ما يأخذه الواحد منهم ، ولو قسم لم يحصل للواحد منهم شيء ينتفع به ولا يدفع به حاجته فأباح الله تعالى لهم ذلك ، فمن أخذ من الطعام شيئاً مما يقتات أو يصلح به القوت من الادم وغيره أو العلف لدابته فهو أحق به ، وسواء كان له ما يستغنى به عنه ، أو لم يكن له ويكون أحق بما يأخذه من غيره ، فإن فضل منه مالا حاجة به اليه رده على المسلمين لأنه إنما أبيع له ما يحتاج اليه ، وإن أعطاه أحد من أهل الجيش ما يحتاج اليه جاز له أخذه وصار أحق به من غيره ، وإن باع شيئاً من الطعام أو العلف رد ثمنه في الغنيمة لما ذكرنا من حديث عمر .

وروى مثله عن فضالة بن عبيد ، وبه قال سليمان بن موسى والثوري والشافعي وكره القاسم وسالم ومالك بيعه .

قال القاضي : لا يخلو إما أن يبيعه من غاز أو غيره ، فإن باعه لغيره فالبيع باطل لأنه بيع مال الغنيمة بغير ولاية ولا نيابة فيجب رد المبيع ونقض البيع ، فإن تعذر رده رد قيمته أو ثمنه إن كان أكثر من قيمته إلى المغمم .

وعلى هذا الوجه حمل كلام الخرقى ، وإن باعه لغاز لم يحل إلا أن يبدله بطعام أو علف مما له الانتفاع به أو بغيره ، فإن باعه بمثله فليس هذا بيعاً في الحقيقة إنما سلم اليه مباحاً وأخذ مثله مباحاً : ولكل واحد منهما الانتفاع بما أخذه وصار أحق به لثبوت يده عليه ، فعلى هذا لو باع صاعاً بصاعين واقترا قبل القبض جاز لأنه ليس ببيع .

وإن باعه به نسيئة أو أقرضه إياه فأخذه فهو أحق به ولا يلزمه إيفاءه ، فإن وفاه أو رده اليه عادت اليد اليه ، وإن باعه بغير الطعام والعلف فالبيع أيضاً غير صحيح ويصير المشتري أحق به لثبوت يده عليه ولا ثمن عليه ، وإن أخذ منه وجب رده اليه .

(فصل) وإن وجد دهنًا فهو كسائر الطعام لما ذكرنا من حديث ابن مغفل ولأنه طعام فأشبه البر والشعير ، وإن كان غير ما كول فاحتاج أن يدهن به أو يدهن دابته فظاهر كلام أحمد جوازه إذا كان من حاجة .

قال أحمد في زيت الروم : إذا كان من ضرورة أو صداع فلا بأس ، فأما التزيت فلا يعجبني ، وقال الشافعي . ليس له دهن دابته من جرب ولا يوقحها إلا

بالقيمة لأن ذلك لا تعم الحاجة اليه ، ويحتمل كلام أحد مثل هذا لأن هذا ليس بطعام ولا علف .

ووجه الأول أن هذا مما يحتاج اليه لاصلاح نفسه ودابته أشبه الطعام والعلف وله أكل ما يتداوى به وشرب الشراب من الجلاب والسكنجيين وغيرهما عند الحاجة اليه لأنه من الطعام ، وقال أصحاب الشافعي : ليس له تناوله لأنه ليس من القوت ولا يصلح به القوت ولأنه لا يباح مع عدم الحاجة اليه فلا يباح مع وجودها كغير الطعام .

ولنا أنه طعام احتيج اليه أشبه الفواكه وما ذكره يبطل بالفاكهة وإنما اعتبرنا الحاجة ههنا ، لأن هذا لا يتناول في العادة الا عند الحاجة اليه :

(فصل) قال أحمد ولا يغسل ثوبه بالصابون لأن ذلك ليس بطعام ولا علف ويراد للتحسين والزينة فلا يكون في معناه ولو كان مع الغازي فهدأ وكلب الصيد لم يكن له اطعمته من الغنيمة فان اطعمها غرم قيمة ما اطعمها لأن هذا يراد للتفرج والزينة وليس مما يحتاج اليه في الغزو بخلاف الدواب .

(فصل) ولا يجوز لبس الثياب ولا ركوب دابة من المغنم لما روى رويغ ابن ثابت الانصارى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فيء المسلمين حتى اذا انحفض ردها فيه ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى اذا خلقه رده فيه ، رواه سعيد .

(فصل) ولا يجوز الانتفاع بجلودهم واتخاذ النمل والجرب منها ولا الخيوط والحبال ، وبهذا قال ابن محيريز ويحيى بن ابي كثير واسماعيل بن عياش^(١) والشافعي ورخص في اتخاذ الجرب من جلود الغنم سليمان بن موسى ، ورخص مالك في الابرة والحبل يتخذ من الشعر ، والنمل والحف يتخذ من جلود البقر .

(١) هو اسماعيل بن عياش الحمصي ابو عتبة العنسي روى عن شرحبيل بن مسلم الخولاني وغيره ؛ قال يزيد بن هارون ، ما رأيت شاميا ولا عراقيا أحفظ من اسماعيل بن عياش .

ولنا ما روى قيس بن أبي حازم : أن رجلاً أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكفة من شعر من المغنم فقال : يا رسول الله ، إنا لنعمل الشعر فمبها لي ، قال : نصيب منها لك ، رواه سعيد .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أدوا الخيط والمخيط فإن النول نار وشنار يوم القيامة ، ولأن ذلك من الغنيمة لا تدعو إلى أخذه حابة عامة فلم يجوز أخذه كالثياب .

(فصل) فأما كتبهم فإن كانت مما ينتفع به ككتب الطب واللغة والشعر فهي غنيمة ، وإن كانت مما لا ينتفع به ككتاب التوراة والانجيل فأمكن الانتفاع بجلودها أو ورقها بعد غسله غسل وهو غنيمة وإلا فلا ولا يجوز بيعها .

(فصل) وإن أخذوا من الكفار جوارح للصيد كالفهود والبزاة فهي غنيمة تقسم ، وإن كانت كلاباً لم يجوز بيعها وإن لم يردّها أحد من الغانين جاز إرسالها أو إعطاؤها غير الغانين وإن رغب فيها بعض الغانين دون بعض دفعت إليه ولم تحسب عليه لأنها لا قيمة لها ، وإن رغب فيها الجميع أو جماعة كثيرة فأمكن قسمها يكون عدداً من غير تقويم ، وإن تعذر ذلك أو تنازعوا في الجيد منها فطلبه كل واحد منهم أقرع بينهم فيها ، وإن وجدوا خنازير قتلوها لأنها مؤذية ولا تنفع فيها وإن وجدوا خمرأ أراقوه وإن كان في ظروفه نفع للمسلمين أخذوها ، وإن لم يكن فيها نفع كسروها لئلا يعودوا إلى استعمالها .

(فصل) وللغازي أن يعلف دوابه ويطعم رقيقه مما يجوز له الأكل منه سواء كانوا للقتية أو للتجارة ، قال أبو داود ، قلت لأبي عبد الله يشترى الرجل السبي في بلاد الروم يطعمهم من طعام الروم ؟ قال نعم يطعمهم .

وروى عنه ابنه عبد الله قال سألت أبي عن الرجل يدخل بلاد الروم ومعه الجارية والدابة للتجارة إن أطعمهما يعني الجارية وعلف الدابة ؟ قال لا يعجن ذلك فإن لم تكن للتجارة فلم ير به بأساً فظاهر هذا أنه لا يجوز إطعام ما كان للتجارة لأنه ليس مما يستعين به على الغزو ، وقال الخلال رجع أحمد عن هذه الرواية وروى عنه جماعة بعد هذا أنه لا بأس به وذلك لأن الحاجة داعية إليه فأشبه ما لا يراد به التجارة .

« مسألة ، قال (ويشارك الجيش سراياه فيما غنمت ويشاركونه فيما غنم)

وجملته : أن الجيش إذا فصل غازيا فخرجت منه سرية أو أكثر فأيهما غنم شاركه الآخر في قول عامة أهل العلم منهم مالك والثوري والأوزاعي والليث وحماد والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال النخعي إن شاء الإمام خمس ما تأتي به السرية وإن شاء فكلهم إياه كاملهم .

وقد روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم لما غزا هوازن بعث سرية من الجيش قبل أوطاس فغنمت السرية فأشرك بينها وبين الجيش ، .

قال ابن المنذر : وروينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ويرد سراياهم على قعدهم ، وفي تنفيل النبي صلى الله عليه وسلم في البداة الربع وفي الرجعة الثلث دليل على اشتراكهم فيها سوى ذلك لأنهم لو اختصوا بما غنموه لما كان ثلثه نفلا ولأنهم جيش واحد وكل واحد منهم رده لصاحبه فيشتركون كما لو غنم أحد جانبي الجيش ، وإن أقام الأمير ببلد الاسلام وبعث سرية أو جيشا فما غنمت السرية فهو لها وحدها لأنه إنما يشترك المجاهدون ، والمقيم في بلد الاسلام ليس بمجاهد وإن نفذ من بلد الاسلام جيشين أو سريتين فكل واحدة تنفرد بما غنمته لأن كل واحدة منهما انفردت بالغزو فانفردت بالغنيمة بخلاف ما إذا فصل الجيش فدخل بحملته بلاد الكفار فإن جميعهم اشتركوا في الجهاد فاشتركوا في الغنيمة .

« مسألة ، قال (ومن فضل معه من الطعام فأدخله البلد طرحه في مقسم تلك الغزاة في إحدى الروايتين)

والأخرى : يباح له أكله إذا كان يسيرا ، أما الكثير فيجب رده بغير خلاف نعلمه لأن ما كان مباحا له في دار الحرب فإذا أخذه على وجه يفضل منه كثير إلى دار الاسلام فقد أخذ مالا يحتاج إليه فيلزمه رده لأن الأصل تحريمه لكونه مشتركا بين الغانمين كسائر المال وإنما أبيع منه ما دعت الحاجة إليه فما زاد يبقى على أصل التحريم ، ولهذا لم يبيع له بيعه وأما اليسير ففيه روايتان .

أحدهما : يجب رده أيضا وهو اختيار أبي بكر ، وقول أبي حنيفة وابن المنذر

وأحد قولي الشافعي وأبي ثور لما ذكرنا في الكثير، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أدوا الخيط والخيط » ولأنه من الغنيمة ولم يقسم فلم يبيع في دار الاسلام كالكبير او كما لو أخذه في دار الاسلام

والثانيه : يباح وهو قول مكحول وخالد بن معدان وعطاء الخراساني ومالك والأوزاعي قال أحمد اهل الشام يتساهلون في هذا وقد روى القاسم بن عبد الرحمن عن بعض اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال : « كنا نأكل الجزور في الغزو ولا نقسمه حتى ان كنا انرجع الى رحالنا واخرجتنا مملأة، رواه سعيد وابوداود وعن عبد الله بن يسار السلمي قال : « دخلت على رجل من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فقدم الى تمر^(١) من تمر الروم فقلت لقد سبقت الناس بهذا قال ليس هذا من العام . هذا من العام الاول » رواه الأثرم في سننه

وقال الأوزاعي أدركت الناس بقدمون بالقديد فيهديه بعضهم الى بعض لا ينكره إمام ولا عامل ولا جماعة وهذا نقل للاجماع ، ولأنه ابيع امساكه عن القسمة فايبيع في دار الاسلام كباحات دار الحرب التي لا قيمة لها فيها ويفارق الكبير فإنه لا يجوز إمساكه عن القسمة ولأن اليسير تجرى المسامحة فيه ونفعه قليل بخلاف الكثير .

« مسأله » قال : « واذا اشترى المسلم أسيراً من ايدي العدو لزم الاسير ان يؤدي الى المشتري ما اشتراه »

لا يخلو هذا من حالين .

أحدهما . ان يشتريه بإذنه فهذا يلزمه ان يؤدي الى المشتري ما اداه فيه بغير خلاف نعلمه اذا وزن بإذنه لانه اذا أذن فيه كان نائبه في شراء نفسه فكان الثمن على الأسر كالوكيل .

والثاني : ان يشتريه بغير اذنه فيلزم الاسير الثمن ايضا عند أحمد ؛ وبه قال الحسن والنخعي والزهري ومالك والأوزاعي .

وقال الثوري والشافعي وابن المنذر لا يلزمه لانه تبرع بما لا يلزمه ولم يأذن له

(١) التمر : نوع من القديد : وهو ان يقطع اللحم صغراً كالتمر ثم يجفف .

فيه فأشبهه ما لو عمر داره ، وقال الليث : ان كان الأسير مرسراً كقولنا وان كان معسراً أدى ذلك من بيت المال .

ولنا ما روى سعيد ثنا عثمان بن مطر ثنا أبو حريز عن الشعبي قال : أغار أهل ماه وأهل جلولا على العرب فأصابوا سبايا من سبايا العرب ، فكتب السائب بن الأقرع إلى عمر في سبايا المسلمين ورقيقهم ومتاعهم قد اشتراه التجار من أهل ماه فكتب عمر : أيما رجل أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به من غيره ، وإن أصابه في أيدي التجار بعدما اقتسم فلا سبيل إليه ، وأيما حر اشتراه التجار فإنه يرد إليهم رموس أموالهم ، فإن الحر لا يباع ولا يشتري لحكم للتجار برموس أموالهم ، ولأن الأسير يجب عليه فداء نفسه ليتخلص من حكم الكفار ويخرج من تحت أيديهم ، فإذا تاب عنه غيره في ذلك وجب عليه فضاؤه كالأرقاض الحاكم عنه حقا امتنع من أدائه

(فصل) فإن اختلفا في قدر ما اشتراه به فالقول قول الأسير ، وهو قول الشافعي إذا أذن له . وقال الأوزاعي : القول قول المشتري لأنهما اختلفا في فعله وهو أعلم بفعله .

ولنا أن الأسير منكر للزيادة والقول قول المنكر ، ولأن الأصل براءة ذمته من هذه الزيادة فيترجح قوله بالأصل

مسألة ، قال (وإذا سبي المشركون من يؤدي إلينا الجزية ثم قدر عليهم ردوا إلى ما كانوا عليه ولم يسترقوا ، وما أخذ العدو منهم من مال أو رقيق رد إليهم إذا علم به قبل أن يقسم ويفادي بهم بعد أن يفادي بالمسلمين)

وجملة ذلك أن أهل الحرب إذا استولوا على أهل ذمتنا فسيبوا وأخذوا أموالهم ثم قدر عليهم وجب ردهم إلى ذمتهم ولم يحز استرقاقهم في قول عامة أهل العلم ، منهم الشعبي ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وإسحاق ولا نعلم لهم مخالفا ، وذلك لأن ذمتهم باقية ولم يوجد منهم ما يوجب نقضها وحكم أموالهم حكم أموال المسلمين في حرمتها .

قال علي رضي الله عنه : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم

كأموالنا ، فمضى علم صاحبها قبل قسمها وجب ردها اليه ، وإن علم بعد القسمة فعلى الروائتين . إحداهما : لا حق له فيه . والثانية : هو له بثمنه لأن أموالهم معصومة كأموال المسلمين ، وأما فداؤهم فظاهر كلام الحرقي أنه يجب فداؤهم سواء كانوا في معوتنا أو لم يكونوا . وهذا قول عمر بن عبد العزيز والليث ، لأننا التزمنا حفظهم بمعاهدتهم وأخذ جزيتهم فلزمنا القتال من ورائهم والقيام دونهم ، فإذا عجزنا عن ذلك وأمكنا تخليصهم لزمنا ذلك ، كمن يحرم عليه إتلاف شيء ، فإذا أتلفه غرمه .

وقال القاضي : إنما يجب فداؤهم إذا استعان بهم الامام في قتاله فسيبوا وجب عليه فداؤهم لأن أسرهم كان لمعنى من جهته ، وهو المنصوص عن احمد ، ومتى وجب فداؤهم فإنه يبدأ بفداء المسلمين قبلهم ، لأن حرمة المسلم أعظم والخوف عليه أشد وهو معرض لغتته عن دين الحق بخلاف أهل الذمة

(فصل) ويجب فداء أسرى المسلمين إذا أمكن ، وبهذا قال عمر بن عبدالعزيز ومالك واسحاق ، ويروى عن ابن الزبير أنه سأل الحسن بن علي : على من فكاك الأسير؟ قال على الأرض التي يقاتل عليها . وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أطعموا الجائع وعودوا المريض وفكوا العاني ،

وروى سعيد بإسناده عن حبان بن جبلة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن على المسلمين في فيثهم أن يفادوا أسيرهم ويؤدوا عن غارمهم ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه كتب كتابا بين المهاجرين والانصار أن يعقلوا معاقلمهم وأن يفكوا عانيهم بالمعروف ، وقادى النبي صلى الله عليه وسلم رجلين من المسلمين بالرجل الذي أخذه من بني عقيل ؛ وقادى بالمرأة التي استوهبها من سلمة بن الأكوع رجلين .

« مسألة » قال (وإذا حاز الامير المغانم ووكل من يحفظها لم يجز أن يوكل منها الا أن تدعو الضرورة بأن لا يجدوا ما يأكلون)

وجملة ذلك أن المغانم اذا جمعت وفيها طعام أو علف لم يجز لأحد أخذه الا لضرورة لأننا إنما أبحنا أخذه قبل جمعه لأنه لم يثبت فيه ملك للمسلمين بعد فاشبه

المباحات من الحطب والحشيش ، فاذا حيزت المغانم ثبت ملك المسلمين فيها
فخرجت عن حيز المباحات وصارت كسائر أملاكهم فلم يجر الاكل منها الا
لضرورة وهو ان لا يجدوا ما يأكلونه فحينئذ يجوز لان حفظ نفوسهم ودوابهم
أهم ، وسواء حيزت في دار الحرب أو في دار الاسلام

وقال القاضي : ما كانت في دار الحرب جاز الاكل منها وان حيزت لان دار
الحرب مظنة الحاجة لعسر نقل الميرة اليها بخلاف دار الاسلام ، وكلام الخرق
عام في الموضعين والمعنى يقتضيه ، فان ما ثبت عليه أيدي المسلمين وتحقق ملكهم
له لا ينبغي أن يؤخذ الا برضاهم كسائر أملاكهم . ولان حيازته في دار الحرب
ثبت الملك فيه بدليل جواز قسمته وثبوت أحكام الملك فيه بخلاف ما قبل
الحيازة فان الملك لم يثبت فيه بعد

« مسألة » قال (ومن اشترى من المغنم في بلاد الروم فغلب عليه العدو لم يكن
عليه شيء من الثمن وان كان قد أخذ منه الثمن رد اليه)

وجملته أن الامير اذا باع من المغنم شيئاً قبل قسمه لمصلحة صبح يبعه فان عاد
الكفار فغلبوا على المبيع فأخذوه من المشتري في دار الحرب نظرنا فان كان
لتفريط من المشتري مثل ان خرج به من المعسكر ونحو ذلك فضمانه عليه لان ذهابه
حصل بتفريطه فكان من ضمانه كما لو أتلفه ، وان حصل بغير تفريط فقيه روايتان
احدهما يفسخ البيع ويكون من ضمان أهل الغنيمه ، فان كان الثمن لم يؤخذ
من المشتري سقط عنه ، وان كان أخذ منه رد اليه لان القبض لم يكمل لكون
المال في دار الحرب غير محرز وكونه على خطر من العدو ، فأشبه التمر المبيع على
رموس الشجر اذا تلف قبل الجذاذ .

والثانية : هو من ضمان المشتري وعليه ثمنه . وهذا أكثر الروايات عن احمد
واختاره الخلال وأبو بكر صاحبه وهو مذهب الشافعي ، لانه مال مقبوض أبيع
لمشتريه فكان ضمانه عليه كما لو أحرز الى دار الاسلام ، ولان أخذ العدو له تلف
فلم يضمه البائع كسائر أنواع التلف ، ولان نفاؤه للمشتري فكان ضمانه عليه
لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » ١٨ - ٩ المغنى

(فصل) وإذا قسمت الغنائم في دار الحرب جاز لمن أخذ سهمه التصرف فيه بالبيع وغيره ، فإن باع بعضهم بعضا شيئا منها فغلب عليه العدو ففي ضمان البائع له وجهان بناء على الروايتين في التي قبلها ، وإن اشتراه مشتر من المشتري فكذلك فإذا قلنا هو من ضمان البائع رجع البائع الثاني على البائع الأول بما رجع به عليه .

(فصل) قال أحمد في الرجل يشتري الجارية من المغنم معها الحل في عنقها والثياب : يرد ذلك في المغنم إلا شيئا تلبسه من قميص ومقنعة وإزار . وهذا قول حكيم بن حزام ومكحول ويزيد بن أبي مالك والمتوكل وإسحاق وابن المنذر ويشبه قول الشافعي ، واحتج إسحاق بقول النبي صلى الله عليه وسلم : من باع عبدا وله مال فإله للبائع ،

وقال الشعبي يجعله في بيت المال ، وكان مالك يرخص في اليسير كالقرطين وأشباهها ، ولا يرى ذلك في الكثير ، ويمكن أن يفصل القول في هذا فيقال ما كان عليها ظاهراً مرئياً يشاهده البائع والمشتري كالقرط والخاتم والقلادة فهو للمشتري ، لأن الظاهر أن البائع إنما باعها بما عليها ، والمشتري اشتراها بذلك فيدخل في البيع كثياب البذلة وحلية السيف ، وما خفي فلم يعلم به البائع رده لأن البيع وقع عليها بدونه فلم يدخل في البيع كجارية أخرى .

(فصل) قال أحمد : لا يجوز لأمير الجيش أن يشتري من مغنم المسلمين شيئا لأنه يحابي ، ولأن عمر رد ما اشتراه ابنه في غزوة جلولاء ، وقال أنه يحابى احتج به أحمد ولأنه هو البائع أو وكيله فمكانه يشتري من نفسه أو وكيل نفسه . قال أبو داود . قيل لأبي عبد الله إذا قوّم أصحاب المغنم شيئا معروفًا فقالوا في جلود الماعز بكذا والخرفان بكذا يحتاج إليه يأخذه بتلك القيمة ولا يأتي المغنم ، فرخص فيه ، وذلك لأنه يشق الاستئذان فيه ، فسومع فيه كما سومع في دخول الحمام وركوب سفينة الملاح من غير تقدير أجر .

مسألة ، قال (وإذا حارب العدو لم يحرقوا بالنار)

أما العدو إذا قدر عليه فلا يجوز تحريقه بالنار بغير خلاف نعله ، وقد كان أبو بكر رضي الله عنه يأمر بتحريق أهل الردة بالنار ، وفعل ذلك خالد بن الوليد

بأمره ، فأما اليوم فلا أعلم فيه بين الناس خلافا ، وقد روى حمزة الاسدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره على سرية قال : نخرجت فيها فقال : ان أخذتم فلانا فأحرقوه بالنار ، فوليت فناداني فرجعت فقال : إن أخذتم فلانا فاقتلوه ولا تحرقوه فإنه لا يعذب بالنار الا رب النار ، رواه أبو داود وسعيد ، وروى أحاديث سواه في هذا المعنى .

وروى البخاري وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو حديث حمزة ، فأما رميهم قبل أخذهم بالنار ، فإن أمكن أخذهم بدونها لم يجوز رميهم بها لانهم في معنى المقدور عليه ، وأما عند العجز عنهم بغيرها فجائز في قول أكثر أهل العلم وبه قال الثوري والاوزاعي والشافعي

وروى سعيد بإسناده عن صفوان بن عمرو وجريز بن عثمان أن جنادة بن أمية الأزدي وعبد الله بن قيس الغزاري وغيرهما من ولاية البحرين ومن بعدهم كانوا يرمون العدو من الروم وغيرهم بالنار يحرقونهم هؤلاء هؤلاء هؤلاء هؤلاء . قال عبد الله بن قيس لم يزل أمر المسلمين على ذلك

(فصل) وكذلك الحكم في فتح البثوق عليهم ليغرقهم ان قدر عليهم بغيره لم يجوز . اذا تضمن ذلك إتلاف النساء والذرية الذين يحرم إتلافهم قصداً ، وان لم يقدر عليهم الا به جاز كما يجوز البيات المتضمن لذلك ، ويجوز نصب المنجنيق عليهم ، وظاهر كلام أحمد جوازه مع الحاجة وعدمها ، لان النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على أهل الطائف ، وعن رأي ذلك الثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . قال ابن المنذر : جاء الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نصب المنجنيق على أهل الطائف . وعن عمرو بن العاص أنه نصب المنجنيق على أهل الاسكندرية ، ولان القتال به معتاد فأشبه الرمي بالسهم .

(فصل) ويجوز تبذير الكفار وهو كبسهم ليلًا وقتلهم وهم غارون . قال أحمد : لا بأس بالبيات وهل غزو الروم الا البيات ؟ قال ولا نعلم أحداً كره بيات العدو . وقرأ عليه سفيان عن الزهري عن عبد الله عن ابن عباس عن الصعب ابن جثامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن الديار من المشركين نبيتهم فنصيب من نساءهم وذرائعهم فقال : هم منهم ، فقال اسناد جيد

فإن قيل : فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والذرية قلنا هذا محمول على التعمد لقتلهم ، قال أحمد أما أن يتعمد قتلهم فلا : قال وحديث الصعب بعد نهيه عن قتل النساء لأن نهيه عن قتل النساء حين بعث إلى ابن أبي الحقيق وعلى أن الجمع بينهما يمكن يحمل النهي على التعمد . والاباحة على ما عداه

(فصل) قال الاوزاعي إذا كان في المطمورة العدو فعلمت أنك تقدر عليهم بغير النار فأحب إلى أن يكف عن النار ، وإن لم يمكن ذلك وأبوا أن يخرجوا فلا أرى بأساً وإن كان معهم ذرية ، قد كان المسلمون يقاتلون بها ونحو ذلك قال سفيان وهشام ويدخن عليهم قال أحمد أهل الشام أعلم بهذا .

فصل

وإن ترسوا في الحرب بنسائهم وصبيانهم جاز رميهم ويقصد المقاتلة لأن النبي صلى الله عليه وسلم رماهم بالمنجنيق ومعهم النساء والصبيان ولأن كف المسلمين عنهم يفضي إلى تعطيل الجهاد لأنهم متى علموا ذلك ترسوا بهم عند حوقهم فينقطع الجهاد وسواء كانت الحرب ملتحمة أو غير ملتحمة لأن النبي (ص) لم يكن يتحين بالرمي حال التحام الحرب .

(فصل) ولو وقعت امرأة في صف الكفار أو على حصنهم فشتت المسلمين أو تكشفت لهم جاز رميها قصداً لما روى سعيد حدثنا حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة قال : لما حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل الطائف أشرفت امرأة فكشفت عن قبلها فقال « ها دونكم فارموها » فرماها رجل من المسلمين فما أخطأ ذلك منها ويجوز النظر إلى فرجها للحاجة إلى رميها لأن ذلك من ضرورة رميها ، وكذلك يجوز رميها إذا كانت تلتقط لهم السهام أو تسقيهم الماء أو تحرضهم على القتال لأنها في حكم المقاتل ، وهكذا الحكم في الصبي والشيخ وسائر من منع من قتله منهم .

(فصل) وإن ترسوا بمسلم ولم تدع حاجة إلى رميهم لكون الحرب غير قائمة أو لا مكان القدرة عليهم بدونه أو للأمن من شرهم لم يجز رميهم ، فإن رماهم فأصاب مسلماً فعليه ضمانه : وإن دعت الحاجة إلى رميهم للخوف على المسلمين

جاز رميهم لانها حال ضرورة ويقصد الكفار ، وان لم يخف على المسلمين لكن لم يقدر عليهم إلا بالرمي فقال الاوزاعي والليث لا يجوز رميهم لقول الله تعالى (ولولا رجال مؤمنون الآية .

قال الليث : ترك فتح حصن يقدر على فتحه أفضل من قتل مسلم بغير حق ، وقال الاوزاعي : كيف يرمون من لا يرونه ؟ إنما يرمون أطفال المسلمين ، وقال القاضي والشافعي يجوز رميهم إذا كانت الحرب قائمة لان تركه يفضي الى تعطيل الجهاد فعلى هذا إن قتل مسلما فعليه الكفارة وفي الدية على عاقلة روايتان .

احدهما : يجب لانه قتل مؤمنا خطأ فيدخل في عموم قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله . .

والثانية : لا دية له لانه قتل في دار الحرب برمي مباح فيدخل في عموم قوله تعالى (وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) ولم يذكر دية ، وقال أبو حنيفة : لا دية له ولا كفارة فيه لانه رمى أبيح مع العلم بحقيقة الحال فلم يوجب شيئا كرمى من أبيح دمه .

ولنا : الآية المذكورة وأنه قتل معصوما بالايان والقاتل من أهل الضمان فأشبهه ما لو لم يتترس به .

مسألة ، قال (ولا يفرقوا النحل)

وجملته : أن تغريق النحل وتخريقه لا يجوز في قول عامة أهل العلم منهم الاوزاعي والليث والشافعي وقيل لما لك أن تحرق بيوت نحلهم ؟ قال أما النحل فلا ادري ماهو ؟ ومقتضى مذهب أبي حنيفة اباحته لان فيه غيظا لهم واضعافا فأشبهه قتل بهائمهم حال قتالهم .

ولنا ما روى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال ليزيد بن أبي سفيان وهو يوصيه حين بعثه أميراً على القتال بالشام ولا تحرقن نحلا ولا تغرقنه ، وروى عن ابن مسعود أنه قدم عليه ابن أخيه من غزاة غزاها فقال لعلك حرقت حرثا قال نعم قال لعلك غرقت نحلا ؟ قال نعم قال لعلك قتلت صبيبا ؟ قال نعم قال لكن غزوك كفافا ، أخرجهما سعيد ونحو ذلك عن ثوبان .

وقد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النحلة ونهى أن يقتل شيء من الدواب صبراً ولأنه افساد فيدخل في عموم قوله تعالى (واذا تولى سعى في الارض ليفسد فيها وهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد) ولأنه حيوان ذو روح فلم يجوز قتله لغيظ المشركين كنساءهم وصبيانهم ، وأما أخذ العسل وأكله فباح لانه من الطعام المباح .

« مسألة ، قال (ولا يعقر شاة ولا دابة الا لآكل لا بد لهم منه)

أما عقر دوابهم في غير حال الحرب لمغايبتهم والافساد عليهم فلا يجوز سواء خفنا أخدمهم لها أو لم نخف وهذا قال الاوزاعي والليث والشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة ومالك يجوز لأن فيه غيظاً لهم واضعافاً لقوتهم فأشبه قتلها حال قتالهم . ولنا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال في وصيته ليزيد حين بعثه أميراً يا يزيد لا تقتل صبيها ولا امرأة ولا هرماً ولا تخربن عامراً ولا تعقرن شجراً مشعراً ولا دابة عجماء ولا شاة الا لما كاة ولا تحرقن نخلاً ولا تفرقنه ولا تغلظ ولا تجبن ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل شيء من الدواب صبراً ولأنه حيوان ذو حرمة فأشبه النساء والصبيان .

وأما حال الحرب فيجوز فيها قتل المشركين كيف أمكن بخلاف حالهم اذا قدر عليهم ولهذا جاز قتل النساء والصبيان في البيات وفي المطمورة اذا لم يعتمد قتلهم منفردين بخلاف حالة القدرة عليهم وقتل بهائمهم يتوصل به الى قتلهم وهزيمتهم وقد ذكرنا حديث المدي الذي عقر بالرومي فرسه ، وروى أن حنظلة بن الراهب عقر فرس أبي سفيان به يوم أحد فرمت به فخلصه ابن شعوب وليس في هذا خلاف

فصل

فأما عقرها للآكل فإن كانت الحاجة داعية اليه ولا بد منه فباح بغير خلاف لأن الحاجة تبيح مال المعصوم فقال الكافر أولى ، وإن لم تكن الحاجة داعية اليه نظرنا ، فإن كان الحيوان لا يراد الا للآكل كالدجاج والحمام وسائر الطير والصيد فحكمه حكم الطعام في قول الجميع لانه لا يراد لغير الآكل وتقل قيمته فأشبهه الطعام ، وإن كان مما يحتاج اليه في القتال كالحيل لم يبع ذبحه للآكل في

قولهم جميعاً ، وإن كان غير ذلك كالغنم والبقر لم يبيع في قول الحرقى ، وقال
الغضاضى ظاهر كلام أحمد إباحته لأن هذا الحيوان مثل الطعام في باب الأكل
والقوت فكان مثله في إباحته .

وإذا ذبح الحيوان أكل لحمه وليس له الانتفاع بجلده لأنه إنما أبيع له ما يأكله
دون غيره ، وقال عبد الرحمن بن معاذ بن جبل : كلوا لحم الشاة وردوا إهابها الى
الغنم ، ولأن هذا حيوان ما كول فأبيع أكله كالطير .

ووجه قول الحرقى ما روى سعيد ثنا أبو الاحوص عن سماك بن حرب عن
ثعلبة بن الحكم قال : وأصبنا غنماً للعدو فأنهينا فنصبنا قدورنا فمر النبي صلى الله عليه
وسلم بالقدور وهى تغلى فأمر بها فأكفشت ثم قال لهم : ان النبهة لا تحل ، ولأن
هذه الحيوانات تكثر قيمتها وتشح أنفس الغانمين بها ويمكن حملها الى دار الاسلام
بخلاف الطير والطعام لمكن ان أذن الأمير فيها جاز ، لما روى عطية بن قيس قال
كنا اذا خرجنا فى سرية فاصبنا غنماً نادى منادى الامام ألا من أراد أن يتناول
شيئاً من هذه الغنم فليتناول انا لا نستطيع سياقتها ، رواه سعيد وكذلك ان قسمها
لما روى معاذ قال : غزونا مع النبي صلى الله عليه وسلم خيبر فاصبنا غنماً فقسم بيننا
النبي صلى الله عليه وسلم طائفة وجعل بقيتها فى الغنم ، رواه أبو داود .

وقال سعيد حدثنا اسماعيل بن عياش عن عبد الله بن عبيد ان رجلاً نحر جزوراً
بارض الروم فلما بردت قال : يا أيها الناس خذوا من لحم هذه الجزور فقد أذننا
لكم ، فقال مكحول يا غسانى لا تأقينا من لحم هذه الجزور ؟ فقال الغسانى يا أبا
عبد الله : أما ترى عليها من النهي ؟ قال مكحول لا نهى فى المأذون فيه .

فصل

ولم يفرق أصحابنا بين جميع البهائم فى هذه المسألة ويقوى عندى ان ما عجز
المسلمون عن سياقته وأخذه ان كان مما يستعين به الكفار فى القتال كالخيل يماز
عقره وإتلافه لأنه مما يحرم إيصاله الى الكفار بالبيع فتركه لهم بغير عوض أولى
بالتحريم وان كان مما يصلح للأكل فللمسلمين ذبحه والأكل منه مع الحاجة وعدمها
وما عدا هذين القسمين لا يجوز إتلافه لأنه مجرد إفساد وإتلاف ، وقد نهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير ما كاة .

« مسألة ، قال (ولا يقطع شجرهم ولا يحرق زرعهم الا أن يكونوا يفعلون ذلك في بلادنا فيفعل ذلك بهم لينتهوا)

وحملته : أن الشجر والزرع ينقسم ثلاثة أقسام .

أحدها : ما تدعو الحاجة الى إتلافه كالذي يقرب من حصونهم ويمنع من قتالهم أو يسترون به من المسلمين أو يحتاج الى قطعه لتوسعة طريق أو تمسكن من قتال أو سد بشق أو إصلاح طريق أو ستارة منجنيق أو غيره أو يكونون يفعلون ذلك بنا فيفعل بهم ذلك لينتهوا فهذا يجوز بغير خلاف نعلمه .

الثاني : ما يتضرر المسلمون بقطعه لكونهم ينتفعون ببقائه لعلو قمتهم أو يستظلون به أو يأكلون من ثمره أو تكون العادة لم تجر بذلك بيننا وبين عدونا فإذا فعلناه بهم فعلوه بنا فهذا يحرم لما فيه من الاضرار بالمسلمين .

الثالث : ما عدا هذين القسمين مما لا ضرر فيه بالمسلمين ولا نفع سوى غيظ الكفار والاضرار بهم ففيه روايتان .

إحداهما : لا يجوز لحديث أبي بكر ووصيته ، وقد روى نحو ذلك مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم ولأن فيه إتلافا محضا فلم يجز كعقر الحيوان وبهذا قال الأوزاعي والليث وأبو ثور .

والرواية الثانية : يجوز وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، قال إسحاق التحريق سنة إذا كان أنكى في العدو لقول الله تعالى (ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليخزي الفاسقين) .

وروى ابن عمر أن رسول الله (ص) حرق نخل بني النضير وقطع وهو البويرة فأنزل الله تعالى (ما قطعتم من لينة) ولها يقول حسان :

وهان على سراة بني لوى حريق بالبويرة مستطير

متفق عليه ، وعن الزهري قال فحدثني أسامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال « أغر على أبناء صباحا وحرق » رواه أبو داود ، قيل لأبي مسهر أنبا قال نحن أعلم هي بينا فلسطين والصحيح أنها أبناء كما جاءت الرواية وهي قرية

من أرض الكرك في أطراف الشام في الناحية التي قتل فيها أبوه ، فأما بيتنا فهي من أرض فلسطين ولم يكن أسامة ليصل إليها ولا يأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالاغارة عليها لبعدها والخطر بالمصير اليها لتوسطها في البلاد وبعدها من طرف الشام فما كان النبي صلى الله عليه وسلم ليأمره بالتغريب بالمسلمين فكيف يحمل الخبر عليها مع مخالفة لفظ الرواية وفساد المعنى ؟

« مسألة ، قال (ولا يتزوج في أرض العدو إلا أن تغلب عليه الشهوة فيتزوج مسلمة ويعزل عنها ولا يتزوج منهم ومن اشترى منهم جارية لم يطاها في الفرج وهو في أرضهم) »

يعني والله أعلم من دخل أرض العدو بأمان ، فأما ان كان في جش المسلمين فباح له أن يتزوج ، وقد روى عن سعيد بن أبي هلال « أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج أبا بكر أسماء ابنة عميس وهم تحت الرايات أخرجه سعيد ولأن الكفار لا يد لهم عليه فأشبه من في دار الإسلام .

وأما الأسير فظاهر كلام أحد أنه لا يحل له التزوج ما دام أسيراً لأنه منعه من وطء إمرأته إذا أسرت معه مع صحة نكاحها ، وهذا قول الزهري فإنه قال لا يحل للأسير أن يتزوج ما كان في أيدي العدو . وكره الحسن أن يتزوج مادام في أرض المشركين ، لأن الأسير إذا ولد له ولد كان رقيقاً لهم ولا يأمن أن يطأ إمرأته غيره منهم ، وسئل أحد عن أسير اشترت معه امرأته أبطؤها ؟ فقال كيف يوطؤها فلعل غيره منهم يوطؤها .

قال الأثرم : قلت له ولعلها تعلق بولد فيكون معهم قال وهذا أيضاً ، وأما الذي يدخل اليهم بأمان كالتاجر ونحوه فهو الذي أراد الحرقى إن شاء الله تعالى فلا ينبغي له التزوج لأنه لا يأمن أن تأتي امرأته بولد فيستولي عليه الكفار وربما نشأ بينهم فيصير على دينهم فإن غلبت عليه الشهوة أبيح له نكاح مسلمة لأنها حال ضرورة ويعزل عنها كيلا تأتي بولد ولا يتزوج منهم لأن إمرأته إذا كانت منهم غلبته على ولدها فيتبعها على دينها .

وقال القاضى في قول الحرقى : هذا نهي كراهة لا نهي تحريم لأن الله تعالى

قال (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) ولأن الأصل الحل فلا يحرم بالشك والتوهم وإنما كرهنا له التزوج منهم مخافة أن يغلبوا على ولده فيسترقوه ويعلموه الكفر ففي تزويجه تعريض لهذا الفساد العظيم وازدادت الكراهة إذا تزوج منهم لأن الظاهر أن إمرأته تغلبه على ولدها فتكفره كما أن حكم الإسلام تغليب الإسلام فيها إذا أسلم أحد الأبوين أو تزوج المسلم ذمية وإذا اشترى منهم جارية لم يطاها في الفرج في أرضهم مخافة أن يغلبوه على ولدها فيسترقوه ويكفروه

فصل في الهجرة

وهي الخروج من دار الكفر إلى دار الإسلام قال الله تعالى (إن الذين توفاهم الملائكة ظالمى أنفسهم قالوا فيما كنتم ؟ قالوا كنا مستضعفين في الأرض ، قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها) الآيات .

وروى عن النبي (ص) أنه قال أنا بريء من مسلم بين مشركين لا تراها ناراهما ، رواه أبو داود ، ومعناه لا يكون بموضع يرى نارهم ويرون ناره إذا أوقدت في آي وأخبار سوى هذين كثير وحكم الهجرة باق لا ينقطع إلى يوم القيامة في قول عامة أهل العلم ، وقال قوم قد انقطعت الهجرة لأن النبي (ص) قال لا هجرة بعد الفتح ، وقال د قد انقطعت الهجرة ولكن جهاد ونية .

وروى أن صفوان بن أمية لما أسلم قيل له لا دين لمن لم يهاجر فأتى المدينة فقال له النبي (ص) ما جاء بك أبا وهب ؟ قال قيل إنه لا دين لمن لم يهاجر قال ارجع أبا وهب إلى أباطح مكة اقروا على مساكنكم فقد انقطعت الهجرة ولكن جهاد ونية ، روى ذلك كله سعيد .

ولنا ما روى معاوية قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تنقطع الهجرة حتى تنقطع التوبة ولا تنقطع التوبة حتى تطلع الشمس من مغربها ، رواه أبو داود ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنقطع الهجرة ما كان الجهاد ، رواه سعيد وغيره مع إطلاق الآيات والأخبار الدالة عليها وتحقق المعنى المنتضى لها في كل زمان ، وأما الأحاديث الأولى فأراد بها لا هجرة بعد الفتح من بلد قد فتح وقوله لصفوان إن الهجرة قد انقطعت يعني من مكة لأن الهجرة الخروج

من بلد الكفار فإذا فتح لم يبق بلد الكفار فلا تبقى منه هجرة ، وهكذا كل بلد فتح لا يبقى منه هجرة وإنما الهجرة إليه . إذا ثبت هذا فالتاس في الهجرة على ثلاثة أضرب أحدها : من تجب عليه وهو من يقدر عليها ولا يمكنه إظهار دينه ولا تمكنه إقامة واجبات دينه مع المقام بين الكفار فهذا تجب عليه الهجرة لقول الله تعالى (ان الذين توفاهم الملائكة ظالمى أنفسهم قالوا فيم كنتم ؟ قالوا كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها ؟ فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيراً) وهذا وعيد شديد يدل على الوجوب ولأن القيام بواجب دينه واجب على من قدر عليه والهجرة من ضرورة الواجب وتمتته ومالا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

الثاني : من لا هجرة عليه وهو من يعجز عنها إما لمرض أو إكراه على الإقامة أو ضعف من النساء والولدان وشبههم فهذا لا هجرة عليه لقول الله تعالى (إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلاً فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفواً غفوراً) ولا توصف باستحباب لانها غير مقدور عليها .

والثالث : من تستحب له ولا تجب عليه وهو من يقدر عليها لكنه يتمكن من إظهار دينه وإقامته في دار الكفر فتستحب له ليتمكن من جهادهم وتكثير المسلمين ومعاونتهم وبتخلص من تكثير الكفار ومخالطتهم ورؤية المنكر بينهم ولا تجب عليه لا مكان إقامة واجب دينه بدون الهجرة وقد كان العباس عم النبي صلى الله عليه وسلم مقبلاً بمكة مع إسلامه .

وروي أن نعيم النحام حين أراد أن يهاجر جاءه قومه بنو عدي فقالوا له أقم عندنا وأنت على دينك ونحن نمنعك ممن يريد أذاك وا كفنا ما كنت تكفيننا وكان يقوم بيتامى بنو عدي وأرام لهم فتخلف عن الهجرة مدة ثم هاجر بعد فقال له النبي (ص) « قومك كانوا خيراً لك من قومي لي ، قومي أخرجوني وأرادوا قتلي وقومك حفظوك ومنعوك » فقال يا رسول الله بل قومك أخرجوك الى طاعة الله وجهاد عدوه وقومي ثبطوني عن الهجرة وطاعة الله أو نحو هذا القول .

« مسألة ، قال (من دخل الى أرض العدو بأمان لم يخنهم في مالهم ولم يعاملهم بالربا)

أما تحريم الربا في دار الحرب فقد ذكرناه في الربا مع أن قول الله تعالى (وحرم الربا) وسائر الآيات والأخبار الدالة على تحريم الربا عامة تتناول الربا في كل مكان وزمان وأما خيانتهم فمحرمة لأنهم إنما أعطوه الأمان مشروطاً بترك خيانتهم وأمنه إياهم من نفسه ، وإن لم يكن ذلك مذكوراً في اللفظ فهو معلوم في المعنى ولذلك من جاءنا منهم بأمان فحاشا كان ناقضاً لعهد .

فإذا ثبت هذا لم تحل له خيانتهم لأنه غدر ولا يصلح في ديننا الغدر ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم » فإن خانهم أو سرق منهم أو اقترض شيئاً وجب عليه رد ما أخذ إلى أربابه فإن جاء أربابه إلى دار الإسلام بأمان أو إيمان رده عليهم والا بعث به إليهم لأنه أخذه على وجه حرم عليه أخذه فلزمه رد ما أخذ كما لو أخذه من مال مسلم .

« مسألة ، قال (ومن كان له مع المسلمين عهد فنقضوه حوربوا وقتل رجالهم ولم تسب ذراريهم ولم يسترقوا الا من ولد بعد نقضه)

وجملة ذلك : أن أهل الذمة إذا نقضوا العهد أو أخذ رجل الأمان لنفسه وذريته ثم نقض العهد فإنه يقتل رجالهم ولا تسب ذراريهم الموجودون قبل النقض لأن العهد شاملهم جميعاً ودخلت فيهم الذرية والنقض إنما وجد من رجالهم فتختص اباحة الدماء بهم ، ومن الممكن أن ينفرد الرجل بالعهد والأمان دون ذريته وذريته دونه لحاج أن ينتقض العهد فيه دونهم ، والنقض إنما وجد من الرجال البالغين دون الذرية فيجب أن يختص حكمه بهم .

قال أحمد : قالت امرأة علقمة لما ارتد أن كان علقمة ارتد فأنا لم ارتد ، وقال الحسن فيمن نقض العهد : ليس على الذرية شيء ، فأما من ولد فيهم بعد نقض العهد جاز استرقاقه لأنه لم يثبت له أمان بحال وسواء فيها ذكرنا لحقوا بدار الحرب أو أقاموا بدار الإسلام ، فأما نسائهم فمن لحقت منهن بدار الحرب طائفة

أو وافقت زوجها في نقض العهد جاز سديها لأنها بالغة عاقلة نقضت العهد فأشبهت الرجل ومن لم تنقض العهد لم ينتقض عهدا بنقض زوجها .

(فصل) فأما أهل الهدنة إذا نقضوا العهد حلت دماؤهم وأموالهم وسبي ذراريهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل رجال بني قريظة وسبي ذراريهم وأخذ أموالهم حين نقضوا عهده ، ولما هادن قريشاً فنقضت عهده حل له منهم ما كان حرم عليه منهم ولأن الهدنة عهد مؤقت ينتهي بانقضاء مدته فيزول بنقضه وفسخه كعقد الاجارة بخلاف عقد الذمة .

(فصل) ومعنى الهدنة أن يعقد لأهل الحرب عقداً على ترك القتال مدة بعوض وبغير عوض وتسمى مهادنة وموادعة ومعاودة وذلك جائز بدليل قول الله تعالى (برأه من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم من المشركين) وقال سبحانه (وان جنحوا للسلم فاجنح لها) .

وروى مروان ومسور بن مخزومة أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح سهيل بن عمرو بالحديبية على وضع القتال عشر سنين ، ولأنه قد يكون بالمسلمين ضعف فيهادنهم حتى يقوى المسلمون ، ولا يجوز ذلك إلا للنظر للمسلمين . إما أن يكون بهم ضعف عن قتالهم ، وإما أن يطمع في إسلامهم بهدنتهم أو في أدائهم الجزية والتزامهم أحكام الملة أو غير ذلك من المصالح .

إذا ثبت هذا : فإنه لا تجوز المهادنة مطلقاً من غير تقدير مدة لأنه يفضى إلى ترك الجهاد بالكلية ، ولا يجوز أن يشترط نقضها لمن شاء منها لأنه يفضى إلى ضد المقصود منها ، وإن شرط الإمام لنفسه ذلك دونهم لم يجز أيضاً ، ذكره أبو بكر لأنه يناقض مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك في البيع والنكاح .

وقال القاضي والشافعي . يصح لأن النبي (ص) صالح أهل خيبر على أن يقرم ما أقرم الله تعالى ولا يصح هذا فإنه عقد لازم فلا يجوز اشتراط نقضه كسائر العقود اللازمة ولم يكن بين النبي (ص) وبين أهل خيبر هدنة فإنه فتحها عنوة وإنما ساقام وقال لهم ذلك وهذا يدل على جواز المساقاة وليس هذا بهدنة اتفاقاً وقد وافقوا الجماعة في أنه لو شرط في عقد الهدنة أني أقرم ما أقرم الله لم يصح فكيف يصح منهم الاحتجاج به مع إجماعهم مع غيرهم على أنه لا يجوز اشتراطه .

(فصل) ولا يجوز عقد الهدنة إلا على مدة مقدرة معلومة لما ذكرنا ، وقال القاضي : وظاهر كلام أحمد أنها لا تجوز أكثر من عشر سنين وهو اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي لأن قوله تعالى (اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) عام خص منه مدة العشر لمصلحة النبي صلى الله عليه وسلم قرىشا يوم الحديبية عشرأ ففيها زاد يبق على مقتضى العموم فعلى هذا إن زاد المدة على عشر بطل في الزيادة ؛ وهل تبطل في العشر على وجهين بناء على تفريق الصفقة .

وقال أبو الخطاب ظاهر كلام أحمد أنه يجوز على أكثر من عشر على ما يراه الامام من المصلحة وبهذا قال أبو حنيفة لأنه عقد يجوز في العشر فجازت الزيادة عليها كعقد الإجارة والعام مخصوص في العشر لمعنى موجود فيها زاد عليها وهو أن المصلحة قد تكون في الصلح أكثر منها في الحرب .

(فصل) وتجوز مهادنتهم على غير مال لأن النبي صلى الله عليه وسلم هادتهم يوم الحديبية على غير مال ويجوز ذلك على مال يأخذه منهم فإنها إذا جازت على غير مال فعلى مال أولى ، وأما أن صالحهم على مال نبذله لهم فقد أطلق أحمد القول بالمنع منه وهو مذهب الشافعي لأن فيه صغارا للمسلمين وهذا محمول على غير حال الضرورة ، فأما أن دعت إليه ضرورة وهو أن يخاف على المسلمين الهلاك أو الأسر فيجوز لأنه يجوز للأسير فداء نفسه بالمال فكذا هنا ولأن نبذله المال إن كان فيه صغار فإنه يجوز تحمله لدفع صغار أعظم منه وهو القتل والأسر وسبي الذرية الذين يفضي سبيهم إلى كفرهم .

وقد روى عبد الرزاق في المغازي عن معمر عن الزهري قال : أرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى عيينة بن حصن وهو مع أبي سفيان يعني يوم الاحزاب رأيت أن جعلت لك ثلث تمر الانصار ، أترجع بمن معك من غطفان وتخذل بين الاحزاب ، فأرسل اليه عيينة أن جعلت لي الشطر فعلت .

قال معمر لحدثني ابن أبي نجيح أن سعد بن معاذ وسعد بن عباد قالا يا رسول الله : والله لقد كان يجر سمره في الجاهلية في عام السنة حول المدينة ما يطيق أن يدخلها فالآن حين جاء الله بالاسلام نعطيهم ذلك فقال النبي (ص) « فنعلم إذا ، ولولا أن ذلك جائز لما نبذله النبي (ص) .

وروى أن الحارث بن عمرو الغطفاني بعث إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال
 « ان جعلت لي شطر ثمار المدينة والا ملأتها عليك خيلا ورجلا فقال له النبي
 صلى الله عليه وسلم حتى أشار السعد يعني سعد بن عبادة وسعد بن معاذ وسعد
 ابن زرارة فشاورهم النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله ان كان هذا أمر
 من السماء فتسلم لأمر الله تعالى وان كان برأيك وهو أنك اتبعنا رأيك وهو أنك ،
 وان لم يكن أمر من السماء ولا برأيك وهو أنك فوالله ما كنا نعطيهم في الجاهلية
 بسرة ولا ثمرة إلا شراء أو قرى فكيف وقد أعزنا الله بالإسلام ؟ فقال النبي
 صلى الله عليه وسلم لرسوله أسمع ؟ فعرضه النبي (ص) ليعلم ضعفهم من قوتهم
 فلو لا جوازه عند الضعف لما عرضه عليهم .

(فصل) ولا يجوز عقد الهدنة ولا الذمة إلا من الامام أو نائبه لأنه عقد
 مع جملة الكفار وليس ذلك لغيره ولأنه يتعلق بنظر الامام وما يراه من المصلحة
 على ما قدمناه ولأن تجويزه من غير الامام يتضمن تعطيل الجهاد بالكفاية أو إلى
 تلك الناحية وفيه افتيات على الامام فإن هادنهم غير الامام أو نائبه لم يصح .

وان دخل بعضهم دار الاسلام بهذا الصلح كان آمنا لأنه دخل معتقدا للامان
 ويرد إلى دار الحرب ولا يقر في دار الاسلام لان الامان لم يصح وان عقد الامام
 الهدنة ثم مات أو عزل لم ينتقض عهده وعلى من بعده الوفاء به لأن الامام عقده
 باجتهاده فلم يجر نقضه باجتهاد غيره كما لم يجر للحاكم نقض أحكام من قبله باجتهاده
 وإذا عقد الهدنة لزمه الوفاء بها لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)
 وقال تعالى (فأتوا إليهم عهدهم إلى مدتهم) ولأنه لو لم يفسخ بها لم يسكن إلى
 عقده وقد يحتاج إلى عقدها فإن نقضوا العهد جاز قتالهم لقول الله تعالى (وان
 نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم وطعنوا في دينكم فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا أيمان
 لهم لعلهم ينتهون) وقال تعالى (فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم) .

ولما نقضت قريش عهد النبي صلى الله عليه وسلم خرج إليهم فقاتلهم وفتح مكة
 وإن نقض بعضهم دون بعض فسكت بأقبحهم عن الناقض ولم يوجد منهم انكار
 ولا مراسلة الامام ولا تبرؤ فالكل ناقضون لان النبي صلى الله عليه وسلم لما هادن

قرشا دخلت خزاعة مع النبي صلى الله عليه وسلم وبنو بكر مع قريش فعدت بنو بكر على خزاعة وأعادهم بعض قريش وسكت الباقيون فكان ذلك نقض عهدهم وسار اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقاتلهم ولأن سكوتهم يدل على رضاهم كما أن عقد الهدنة مع بعضهم يدخل فيه جميعهم لدلالة سكوتهم على رضاهم كذلك في النقض .

وان أنكر من لم ينقض على الناقض بقول أو فعل ظاهراً أو اعتزال أو راسل الامام بأن منكر لما فعله الناقض مقيم على العهد لم ينتقض في حقه وبأمره الامام بالتميز لياخذ الناقض وحده فإن امتنع من التميز أو إسلام الناقض صار ناقضاً لأنه منع من أخذ الناقض فصار بمنزلة وان لم يمكنه التميز لم ينتقض عهده لأنه كالأسير فإن أسر الامام منهم قوماً فادعى الأسير أنه لم ينقض وأشكل ذلك عليه قبل قول الأسير لأنه لا يتوصل الى ذلك إلا من قبله .

(فصل) وان خاف نقض العهد منهم جاز أن ينبذ اليهم عهدهم لقول الله تعالى (واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء) يعنى أعلمهم بنقض عهدهم حتى تصير أنت وهم سواء في العلم ولا يكفي وقوع ذلك في قبوله حتى يكون عن أمانة تدل على ما خافه ولا يجوز أن يبدأهم بقتال ولا غارة قبل إعلامهم بنقض العهد للآية ولأنهم آمنون منه بحكم العهد فلا يجوز قتلهم ولا أخذ ما لهم .

فإن قيل : فقد قلتم ان الذمى إذا خيف منه الخيانة لم ينتقض عهده . قلنا : عقد الذمة أكد لأنه يجب على الامام إجابتهم اليه وهو نوع معاوضة وعقد مؤبد بخلاف الهدنة والأمان ولهذا لو نقض بعض أهل الذمة لم ينتقض عهد الباقيين بخلاف الهدنة ولأن أهل الذمة في قبضة الامام وتجب ولايته فلا يخشى الضرر كثيراً من نقضهم بخلاف أهل الهدنة فإنه يخاف منهم الغارة على المسلمين والضرر الكثير بأخذهم للمسلمين .

(فصل) وإذا عقد الهدنة فعليه حمايتهم من المسلمين وأهل الذمة لأنه آمنهم عن هو في قبضته وتحت يده كما أمن من في قبضته منهم ومن أئلف من المسلمين أو من أهل الذمة عليهم شيئاً فعليه ضمانه ولا تلزمه حمايتهم من أهل الحرب ولا حماية بعضهم من بعض لأن الهدنة التزام الكف عنهم فقط فإن أغار عليهم قوم آخرون

فسبواهم لم يلزمه استنقاذهم وليس للمسلمين شراؤهم لأنهم في عهدهم فلا يجوز لهم أذاهم ولا استرقاقهم ، وذكر الشافعي ما يدل على هذا .

ويحتمل جواز ذلك ، وهو مذهب أبي حنيفة لأنه لا يجب أن يدفع عنهم فلا يحرم استرقاقهم بخلاف أهل الذمة فعلى هذا أن استولى المسلمون على الذين أسروهم وأخذوا أموالهم فاستنقذوا ذلك منهم لم يلزم رده اليهم على هذا القول ومقتضى القول الأول وجوب رده كما ترد أموال أهل الذمة اليهم .

(فصل) وإذا عقد الهدنة مطلقا لحامانا منهم انسان مسلما أو بأمان لم يجب رده اليهم ولم يجوز ذلك سواء كان حرا أو عبدا أو رجلا أو امرأة ولا يجب رد مهر المرأة ، وقال أصحاب الشافعي : أن خرج العبد الينا قبل اسلامه ثم أسلم لم يرد اليهم ، وإن أسلم قبل خروجه ثم خرج الينا لم يصير حرا لأنهم في أمان منا والهدنة تمنع من جواز القهر .

وقال الشافعي في قول له : إذا جاءت امرأة له مسلمة وجب رد مهرها لقول الله تعالى (وآتوهم ما أنفقوا) يعني رد مهرها الى زوجها إذا جاء يطلبها وإن جاء غيره لم يرد اليه شيء .

ولنا أنه من غير أهل دار الاسلام خرج الينا فلم يجب رده ولا رد شيء بدلا عنه كالحر من الرجال وكالعبد إذا خرج ثم أسلم . قولهم أنه في أمان منا قلنا إنما أمانهم من هو في دار الاسلام الذين هم في قبضة الامام ، فأما من هو في دارهم ومن ليس في قبضته فلا يمنع منه بدليل ما لو خرج العبد قبل اسلامه ولهذا لما قتل أبو بصير الرجل الذي جاء لرده لم يشكره النبي صلى الله عليه وسلم ولم يضمه ولما انفرد هو وأبو جندل وأصحابهما عن النبي صلى الله عليه وسلم في صلح الحديبية فقطعوا الطريق عليهم وقتلوا من قتلوا منهم وأخذوا المال لم يشكر ذلك النبي صلى الله عليه وسلم ولم يأمرهم برد ما أخذوه ولا غرامة ما اتلفوه ، وهذا الذي أسلم كان في دارهم وقضبتهم وقهرهم على نفسه فصار حرا كما لو أسلم بعد خروجه ، وأما المرأة فلا يجب رد مهرها لأنها لم تأخذ منه شيئا ولو أخذته كانت قد قهرتهم عليه في دار القهر ولو وجب عليها عوضه لوجب مهر المثل دون المسمى ، والآية

وقال عطاء والزهرى والثورى لا يعمل بها اليوم وعلى أن الآية إنما نزلت في قصة الحديدية حين كان النبي صلى الله عليه وسلم شرط لهم رد من جاءه مسلماً فلما منع الله رد النساء أمر برد مهورهن وكلامنا فيما إذا وقع الصلح مطلقاً فليس هو في معنى ما تناوله الأمر وإن وقع الكلام فيما إذا شرط رد النساء لم يصح أيضاً لأن الشرط الذي كان النبي صلى الله عليه وسلم شرطه كان صحيحاً وقد نسخ فإذا شرط الآن كان باطلاً فلا يجوز قياسه على الصحيح ولا إلحاقه به .

(فصل)

والشروط في عقد الهدنة تنقسم قسمين . صحيح : مثل أن يشترط عليهم مالا أو معونة المسلمين عند حاجتهم اليهم أو يشترط لهم أن يرد من جاءه من الرجال مسلماً أو بأمان فهذا يصح ، وقال أصحاب العنيفة : لا يصح شرط رد المسلم إلا أن يكون له عشيرة تحميه وتمنعه .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم شرط ذلك في صلح الحديدية ووفى لهم به فرد أبا جندل وأبا بصير ولم يخص بالشرط ذا العشيرة ولأن ذا العشيرة إذا كانت عشيرته هي التي تفتنه وتؤذيه فهو كمن لا عشيرة له لكن لا يجوز هذا الشرط إلا عند شدة الحاجة إليه وتعين المصلحة فيه ، ومتى شرط لهم ذلك لزم الوفاء به بمعنى أنهم إذا جاءوا في طلبه لم يمنعهم أخذه ولا يجبره الإمام على المضي معهم وله أن يأمره سرا بالهرب منهم ومقاتلتهم فإن أبا بصير لما جاء النبي صلى الله عليه وسلم وجاء الكفار في طلبه قال له النبي صلى الله عليه وسلم : إنا لا يصلح في ديننا الغدر وقد علمت ما عاهدناهم عليه ولعل الله أن يجعل لك فرجاً ومخرجاً ، فلما رجع مع الرجلين قتل أحدهما في طريقه ثم رجع إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله قد أوفى الله ذمتك قد رددتني إليهم فأنجاني الله منهم فلم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ولم يلمه بل قال : ويل أمه مسعر حرب لو كان معه رجال ، فلما سمع ذلك أبو بصير لحق بساحل البحر وانحاز إليه أبو جندل بن سهيل ومن معه من المستضعفين بمكة فجعلوا لا تمر عليهم غير قريش إلا عرضوا لها فأخذوها وقتلوا من معها فأرسلت قريش إلى النبي صلى الله عليه وسلم

تناشده الله والرحمة أن يضمهم إليه ولا يرد إليهم أحداً جاءه ففعل فيجوز حينئذ لمن أسلم من الكفار أن يتحيزوا ناحية ويقتلون من قدروا عليه من الكفار ويأخذون أموالهم ولا يدخلون في الصلح ، وإن ضمهم الإمام إليه يأذن الكفار دخولوا في الصلح وحرم عليهم قتل الكفار وأموالهم .

وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه لما جاء أبو جندل إلى النبي صلى الله عليه وسلم هارباً من الكفار يرسف في قيوده قام إليه أبوه فلطمه وجعل يرده ، قال عمر فقممت إلى جانب أبي جندل فقلت إنهم الكفار وإنما دم أحدهم دم كلب وجعلت أدنى منه قائم السيف لعله أن يأخذه فيضرب به أباه ؛ قال فضن الرجل بآبيه .

الثاني : شرط فاسد مثل أن يشترط رد النساء أو مهورهن أو رد سلاحهم أو إعطائهم شيئاً من سلاحنا أو من آلات الحرب أو يشترط لهم مالا في موضع لا يجوز بذله ، أو يشترط نقضها متى شاءوا أو أن لكل طائفة منهم نقضها ، أو يشترط رد الصبيان أو رد الرجال مع عدم الحاجة إليه ، فهذه كلها شروط فاسدة لا يجوز الوفاء بها ، وهل يفسد العقد بها ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع إلا فيما إذا شرط أن لكل واحد منهم نقضها متى شاء فينبغي أن لا تصح وجهاً واحداً لأن طائفة الكفار يبنون على هذا الشرط فلا يحصل الأمن منهم ولا أمنهم منا فيفوت معنى الهدنة ، وإنما لم يصح شرط رد النساء لقول الله تعالى (إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات — إلى قوله — فلا ترجعوهن إلى الكفار) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله منع الصلح في النساء ، وتفارق المرأة الرجل من ثلاثة أوجه .

أحدها : أنها لا تأمن من أن تزوج كافراً يستحلها أو يكرهها من ينالها وإليه أشار الله تعالى بقوله (لا من حل لهم ولا هم يحلون لهن)

الثاني : أنها ربما فتنت عن دينها لأنها أضعف قلباً وأقل معرفة من الرجل .

الثالث : أن المرأة لا يمكنها في العادة الهرب والتخلص بخلاف الرجل ، ولا يجوز رد الصبيان العقلاء إذا جاءوا مسلمين لأنهم بمنزلة المرأة في الضعف في العقل

والمعرفة والعجز عن التخلص والهرب ، فأما الطفل الذي لا يصح إسلامه فيجوز رده لأنه ليس بمسلم :

(فصل) وإذا طلبت امرأة أو صبية مسلمة الخروج من عند الكفار جاز لكل مسلم اخراجها لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما خرج من مكة وقفت ابنة حمزة على الطريق فلما مر بها على قالت : يا بن عم الى من تدعني ؟ فتناولها فدفعها الى فاطمة حتى قدم بها المدينة .

• مسألة ، قال (وإذا استأجر الأمير قوماً يغزون مع المسلمين لمنافعهم لم يسهم لهم وأعطوا ما استؤجروا به)

نص أحمد على هذا في رواية جماعة ، فقال في رواية عبد الله وحنبل في الامام يستأجر قوماً يدخل بهم بلاد العدو لا يسهم لهم ويوفى لهم بما استؤجروا عليه ، وقال القاضي : هذا محمول على استئجار من لا يجب عليه الجهاد كالعبيد والكفار : أما الرجال المسلمون الأحرار فلا يصح استئجارهم على الجهاد : لأن الغزو يتعين بحضوره على من كان من أهله فإذا تعين عليه الفرض لم يجوز أن يفعله عن غيره كمن عليه حجة الاسلام لا يجوز أن يحج عن غيره ، وهذا مذهب الشافعي ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد والخرقي على ظاهره في صحة الاستئجار على الغزو لمن يتعين عليه لما روى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : للغاзи أجره وللجاعل أجره .

وروى سعيد بن منصور عن جبير بن نفير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مثل الذين يغزون من أمتي يأخذون الجمل ويتقوون به على عدوهم مثل أم موسى ترضع ولدها وتأخذ أجرها ، ولأنه أمر لا يختص قاعله أن يكون من أهل القرية فصح الاستئجار عليه كبناء المساجد أو لم يتعين عليه الجهاد فصح أن يؤجر نفسه عليه كالعبد ، ويفارق الحج حيث أنه ليس بفرض عين وأن الحاجة داعية اليه ، وفي المنع من أخذ الجمل عليه تعطيل له ومنع له مما فيه للمسلمين نفع وبهم اليه حاجة فينبغي أن يجوز بخلاف الحج

إذا ثبت هذا فإن قلنا بالاول فالاجاره فاسدة وعليه الاجرة بردها وله سهمه لان غزوه بغير اجرة ، وان قلنا بصحته فظاهر كلام أحمد والخرقي رحمهما الله أنه لا سهم له لان غزوه بعوض فمكانه واقع من غيره فلا يستحق شيئا .

وقد روى أبو داود بإسناده عن يعلى بن منه قال : أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالغزو وأنا شيخ كبير ليس لي خادم ، فالتفت أجيرا يكفيني وأجرى له سهمه فوجدت رجلا فلما دنا الرحيل قال ما أدري ما السهمان وما يبلغ سهمي ؟ فسم لي شيئا كان السهم أو لم يكن ، فسميت له ثلاثة دنانير ، فلما حضرت غنيمة أردت أن أجرى له سهمه فذكرت الدنانير فحثت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أمره فقال : ما أجد له في غزوته هذه في الدنيا والآخرة إلا دنانيره التي سمى ، ويحتمل أن يسهم له وهو اختيار الخلال

قال : روى جماعة عن أحمد أن للأجير السهم إذا قاتل ، وروى عنه جماعة أن كل من شهد القتال فله السهم . قال وهذا الذي اعتمد عليه من قول أبي عبد الله . ووجه ذلك ما تقدم من حديث عبد الله بن عمر وحديث جبير بن نفير ، وقول عمر الغنيمة لمن شهد الواقعة ولأنه حاضر للوقعة من أهل القتال فيسهم له كغير الأجير فأما الذين يعطون من حقم من الفبي فلم يساهمهم ، لان ذلك حق جعله الله لهم ليغزو لا أنه عوض عن جهاده ، بل نفع جهاده له لا لغيره ، وكذلك من يعطون من الصدقات وهم الذين إذا نشطوا للغزو أعطوا فإنهم يعطون معونة لهم لا عوضا ، ولذلك إذا دفع الى الغزاة ما يتقوون به ويستعينون به كان له فيه الثواب ولم يكن عوضا ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : من جهز غازيا كان له مثل أجره .

(فصل) فأما الاجير للخدمة في الغزو أو الذي يكرى دابة له ويخرج معها ويشهد الواقعة فمن أحمد فيه روايتان .

إحداهما : لا سهم له وهو قول الاوزاعي واسحاق قالا : المستاجر على خدمة القوم لا سهم له ، ووجه حديث يعلى بن منه .

والثانية : يسهم لهما إذا شهدا القتال مع الناس ، وهو قول مالك وابن المنذر وبه قال الليث إذا قاتل ، وان اشتغل بالخدمة فلا سهم له . واحتج ابن المنذر

بحديث سلة بن الأكوع أنه كان أجيراً لطلحة حين أدرك عبد الرحمن بن عيينة حين أغار على سرح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم سهم الفارس والراجل .

وقال القاضي : يسهم له إذا كان مع المجاهدين وقصده الجهاد ، فأما لغير ذلك فلا . وقال الثوري يسهم له إذا قاتل ويرفع عن استأجره نفقة ما اشتغل عنه . (فصل) فأما التاجر والصانع كالحياط والحجاز والبيطار والحداد والاسكاف فقال أحمد : يسهم لهم إذا حضروا . قال أصحابنا قاتلوا أو لم يقاتلوا ، وبه قال في التاجر الحسن وابن سيرين والثوري والأوزاعي والشافعي . وقال مالك وأبو حنيفة لا يسهم لهم إلا أن يقاتلوا ، وعن الشافعي كقولنا ، وعنه لا يسهم له بحال . قال القاضي في التاجر والأجير : إذا كانا مع المجاهدين وقصدهما الجهاد وإنما معه المناع ان طلب منه بآعه والأجير قصده الجهاد أيضا . فهذان يسهم لهما لأنها غازيان والصانع بمنزلة التجار متى كانوا مستعدين للقتال ومعهم السلاح فتى عرض اشتغلوا به أسهم لهم ، لأنهم في الجهاد بمنزلة غيرهم ، وإنما يشتغلون بغيره عند فراغهم منه .

(فصل) إذا دخل قوم لا منعة لهم دار الحرب بغير إذن الامام فغنموا ، فمن أحمد فيه ثلاث روايات .

أحداهن ان غنيمتهم كغنيمة غيرهم يخمسها الامام ويقسم باقيه بينهم ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي لعموم قوله سبحانه (واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة) الآية ، والقياس على ما اذا دخلوا بإذن الامام والثانية هو لهم من غير أن يخمس ، وهو قول أبي حنيفة لأنه اكتساب مباح من غير جهاد فكان لهم أشبه الاحتطاب ، فإن الجهاد إنما يكون بإذن الامام أو من طائفة لهم منعة وقوة ، فأما هذا فتلصص وسرقة ومجرد اكتساب .

والثالثة : أنه لا حق لهم فيه . قال أحمد في عبد أبق الى الروم ثم رجع ومعه متاع ، فالعبد لمولاه وما معه من المتاع والمال فهو للمسلمين لأنهم عصاة بفعلهم فلم يكن لهم فيه حق والاولى أولى . قال الأوزاعي : لما أقفل عمر بن عبد العزيز الجيش الذي كان مع مسلمة كسر مركب بعضهم : فأخذ المشركون ناسا من القبط

فكانوا خدماً لهم ، فخرجوا يوماً الى عيد لهم وخلفوا القبط في مركبهم وشرب
الآخرون ورفع القبط القلع وفي المركب متاع الآخرين وسلاحهم فلم يضعوا قلعهم
حتى أتوا بيروت ، فكتب في ذلك الى عمر بن عبد العزيز ، فكتب عمر نفاوهم القلع
وكل شيء جاءوا به الا الخمس ، رواه سعيد والأثرم ، وان كانت الطائفة ذات منعة
غزوا بغير اذن الامام ففيه روايتان :

احدهما لا شيء لهم وهو فيء للمسلمين ، والثانية يخمس والباقي لهم وهذا أصح
ووجه الروايتين ما تقدم ويخرج فيه وجه كالرواية الثالثة ، وهو أن الجميع لهم من
غير خمس لكونه اكتساب مباح من غير جهاد

مسألة ، قال (ومن غل من الغنيمة حرق رحله كله الا المصحف ،
وما فيه روح) .

الغال : هو الذي يكتسب ما يأخذه من الغنيمة فلا يطلع الامام عليه ولا يضعه
مع الغنيمة ، فحكمه ان يحرق رحله كله ، وبهذا قال الحسن وفقهاء الشام ، منهم
مكحول والاوزاعي والوليد بن هشام ويزيد بن يزيد بن جابر ، وأبو سعيد بن
عبد الملك بغال فجمع ماله وأحرقه وعمر بن عبد العزيز حاضر ذلك فلم يعبه ، وقال
يزيد بن يزيد بن جابر : السنة في الذي يغل أن يحرق رحله ، رواهما سعيد في سنته
وقال مالك والليث والشافعي وأصحاب الرأي : لا يحرق لأن النبي صلى الله عليه وسلم
لم يحرق ، فإن عبد الله بن عمر روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا
أصاب غنيمة أمر بلالا فنادى في الناس فيجيشون بغنائهم فيخمسه ويقسمه ، فجاء
رجل بعد ذلك بزمام من شعر فقال يا رسول الله هذا فيما كنا أصبنا من الغنيمة
فقال سمعت بلالا نادى ثلاثاً ، قال نعم ، قال فما منعك أن تجيء به ، فاعتذر
فقال كن أنت تجيء به يوم القيامة فلن أقبله منك ، أخرجه أبو داود ، ولأن
احراق المتاع اضاعة له وقد نهى النبي (ص) عن اضاعة المال .

ولنا ما روى صالح بن محمد بن زرارة قال : دخلت مع مسلمة أرض الروم
فأتى برجل قد غل فسأل سالماً عنه فقال : سمعت أبي يحدث عن عمر بن الخطاب

رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا وجدتم الرجل قد غل فاحرقوا
متاعه واضربوه ، قال فوجدنا في متاعه مصحفاً فسال سالماً عنه فقال : بعه وتصدق
بشمته ، أخرجه سعيد وأبو داود والاثرم

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وأبا بكر وعمر أحرقوا متاع الغال ، فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه ، فإن الرجل
لم يعترف أنه أخذ ما أخذه على سبيل الغلول ولا أخذه لنفسه وإنما توانا في المجيء
به وليس الخلاف فيه ، ولأن الرجل جاء به من عند نفسه تائباً معتذراً ، والتوبة
تجب ما قبلها وتمحو الحوبة .

وأما النهي عن إضاعة المال فإنما نهى عنه إذا لم تكن فيه مصلحة ، فأما إذا
كان فيه مصلحة فلا بأس به ولا يعد تضييعاً ، كإلقاء المتاع في البحر إذا خيف
الغرق وقطع يد العبد السارق مع أن المال لا تكاد المصلحة تحصل به إلا بذهابه
فأكله اتلافه وانفاقه اذهابه ، ولا يعد شيء من ذلك تضييعاً ولا افساداً
ولا ينهى عنه .

وأما المصحف فلا يحرق لحرمة ولما تقدم من قول سالم فيه والحيوان لا يحرق
لنهي النبي صلى الله عليه وسلم أن يعذب بالنار إلا ربها ولحرمة الحيوان في نفسه
ولأنه لا يدخل في اسم المتاع المأمور بإحراقه ، وهذا لا خلاف فيه ولا تحرق آلة
الدابة أيضاً نص عليه أحمد لأنه يحتاج إليها للانتفاع بها ولأنها تابعة للمال لا يحرق
فأشبهه جلد المصحف وكيسه ، وقال الأوزاعي يحرق سرجه واكافه .

ولنا أنه ملبوس حيوان فلا يحرق كثياب الغال ، ولا تحرق ثياب الغال التي
عليه لأنه لا يجوز تركه عرياناً ولا ما غل لأنه من غنيمة المسلمين ، قيل لأحمد :
فالذي أصاب في الغلول أي شيء يصنع به ؟ قال يرفع إلى المغنم ، كذلك قال
الأوزاعي ولا سلاحه لأنه يحتاج إليه للقتال ولا نفقته لأن ذلك مما لا يحرق عادة
وجميع ذلك أو ما أبقت النار من حديد أو غيره فهو لصاحبه لأن ملكه كان ثابتاً
عليه ولم يوجد ما يزيله ، وإنما عوقب بإحراق متاعه فما لم يحترق يبقى على ما كان ،
ويحتمل أن يباع المصحف ويتصدق به لقول سالم فيه ، وإن كان معه شيء من

كتب الحديث أو العلم فينبغي أن لا تحرق أيضا لأن نفع ذلك يعود الى الدين ،
وليس المقصود الاضرار به في دينه وإنما القصد الاضرار به في شيء من دنياه .

(فصل) وان لم يحرق رحله حتى استحدث متاعا آخر أو رجع الى بلده أحرق
ما كان معه حال الغلول نص عليه أحمد في الذي يرجع الى بلده ، قال ينبغي
أن يحرق ما كان معه في أرض العدو ، وان مات قبل إحراق رحله لم يحرق نص
عليه أحمد لأنها عقوبة فتسقط بالموت كالحودود ولأنه بالموت انتقل الى ورثته
فإحراقه عقوبة لغير الجاني .

وان باع متاعه أو وهبه احتمل أن لا يحرق لأنه صار لغيره أشبه ماله انتقل
عنه بالموت ، واحتمل أن ينقض البيع والهبة ويحرق لأنه تعلق به حق سابق على
البيع والهبة فوجب تقديمه كالتصاص في حق الجاني .

(فصل) وان كان الغال صبيا لم يحرق متاعه ، وبه قال الأوزاعي لأن الاحراق
عقوبة وليس هو من أهلها فأشبه الحد ، وان كان عبدا لم يحرق متاعه لأنه لسيد
فلا يعاقب سيده بجناية عبده ، وان استهلك ما غله فهو في رقبته لأنه من جنائمه ،
وان غلت امرأة أو ذمى أحرق متاعهما لأنهما من أهل العقوبة ، ولذلك يقطعان
في المارقة ويحدان في الزنا وغيره ، وان أنكر الغلول وذكر أنه ابتاع ما بيده
لم يحرق متاعه حتى يثبت غلوله ببينة أو إقرار لأنه عقوبة به فلا يجب قبل ثبوته
بذلك كالحود ولا يقبل في بيئته الا عدلان لذلك .

(فصل) ولا يحرم الغال سهمه ، وقال أبو بكر في ذلك روايتان . إحداهما :
يحرم سهمه لأنه قد جاء في الحديث يحرم سهمه فإن صح فالحكم له ، وقال الأوزاعي
في الصبي يغل يحرم سهمه ولا يحرق متاعه .

ولنا أن سبب الاستحقاق موجود فيستحق كما لو لم يعلم ولم يثبت حرمان سهمه
في خبر ولا قياس فيبقى بحاله ولا يحرق سهمه لأنه ليس من رحله .

(فصل) إذا تاب الغال قبل القسمة رد ما أخذه في المقسم بغير خلاف لأنه
حق تعين رده الى أهله فإن تاب بعد القسمة فمقتضى المذهب أن يؤدي خمسه
الى الامام ويتصدق بالباقي ، وهذا قول الحسن والزهرى ومالك والأوزاعي
والثوري والليث .

وروى سعيد بن منصور عن عبد الله بن المبارك عن صفوان بن عمرو عن حوشب بن سيف قال غزا الناس الروم وعليهم عبد الرحمن بن خالد بن الوليد فغل رجل مائة دينار فلما قسمت الغنيمة وتفرق الناس ندم فأتى عبد الرحمن فقال قد غلت مائة دينار فاقبضها قال قد تفرق الناس فلن أقبضها منك حتى توافي الله بها يوم القيامة فأتى معاوية فذكر ذلك له فقال له مثل ذلك فخرج وهو يبكي فربعبده الله بن الشاعر السكسكى فقال ما يبكيك ؟ فأخبره فقال إنا لله وإنا إليه راجعون أمطيعي أنت يا عبد الله ؟ قال نعم قال فانطلق الى معاوية فقل له خذ مني خمسك فأعطه عشرين ديناراً وانظر الى الثمانين الباقية فتصدق بها عن ذلك الجيش فإن الله تعالى يعلم أسمائهم ومكانهم وإن الله يتقبل التوبة عن عباده فقال معاوية أحسن والله لأن أكون أنا أفتيته بهذا أحب الى من أن يكون لي مثل كل شيء امتلكت وعن ابن مسعود أنه رأى أن يتصدق بالمال الذي لا يعرف صاحبه ، وقال الشافعي لا أعرف للصدقة وجهاً وقد جاء في حديث الغال أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا أقبله منك حتى تجيء به يوم القيامة .

ولنا قول من ذكرنا من الصحابة ومن بعدهم ولم نعرف لهم مخالفاً في عصرهم فيكون إجماعاً ولأن تركه تضيق له وتعطيل لمنفعته التي خلق لها ولا يتخفف به شيء من إثم الغال وفي الصدقة نفع لمن يصل إليه من المساكين وما يحصل من أجر الصدقة يصل الى صاحبه فيذهب به الإثم عن الغال فيكون أولى .

« مسألة ، قال (ولا يقام الحد على مسلم في أرض العدو)

وجملته أن من أتى حداً من الغزاة أو ما يوجب قصاصاً في أرض الحرب لم يقم عليه حتى يقفل فيقام عليه حده وبهذا قال الأوزاعي وإسحاق ، وقال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يقام الحد في كل موضع لأن أمر الله تعالى بإقامته مطلق في كل مكان وزمان إلا أن الشافعي قال إذا لم يكن أمير الجيش الامام أو أمير إقليم فليس له إقامة الحد ويؤخر حتى يأتي الامام لأن إقامة الحدود إليه وكذلك ان كان بالمسلمين حاجة الى الحدود أو قوة به أو شغل عنه آخر ، وقال أبو حنيفة لا حد ولا قصاص في دار الحرب ولا إذا رجع .

ولنا على وجوب الحد أمر الله تعالى ورسوله به وعلى تأخير ما روى بشر
ابن أبا أرطاة أنه أتى برجل في الغزاة قد سرق بختية فقال : لولا أني سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول « لا تقطع الأيدي في الغزاة لقطعتك » أخرجه أبو داود
وغیره ولأنه إجماع الصحابة رضی الله عنهم .

وروى سعيد في سننه بإسناده عن الأحوص بن حكيم عن أبيه أن عمر كتب
إلى الناس أن لا يجلدن أمير جيش ولا سرية ولا رجلا من المسلمين حدا وهو
غاز حتى يقطع الدرب قافلا لئلا تلاحقه حية الشيطان فيلحق بالكفار .

وعن أبي الدرداء مثل ذلك ، وعن علقمة قال كنا في جيش في أرض الروم
ومعنا حذيفة بن اليمان وعلينا الوليد بن عقبة فشرب الخمر فأردنا أن نحده فقال
حذيفة أئحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فبطمعوها فيكم وأتى سعد بأبي محجن
يوم القادسية وقد شرب الخمر فأمر به إلى القيد فلما التقى الناس قال أبو محجن :

كفى حزنا أن تطرد الخيل بالقنا وأترك مشدوداً على وثاقها
وقال لابنة حصيفة امرأة سعد أطلقيني ولك الله على أن سلمني الله أن أرجع
حتى أضع رجلي في القيد فإن قتلت استرحمت مني قال فخلته حين التقى الناس وكانت
بسعد جراحة فلم يخرج يومئذ إلى الناس قال وصعدوا به فوق العذيب ينظر إلى
الناس واستعمل على الخيل خالد بن عرفة فوثب أبو محجن على فرس لسعد يقال
لها البلقاء ثم أخذ رمحاً ثم خرج فجعل لا يحمل على ناحية من العدو إلا هزمهم
وجعل الناس يقولون هذا ملك لما يرونه يصنع وجعل سعد يقول الضبر ضبر
البلقاء والطعن طعن أبي محجن وأبو محجن في القيد فلما هزم العدو رجع أبو محجن
حتى وضع رجله في القيد فأخبرت ابنة حصيفة سعداً بما كان من أمره فقال سعد
لا والله لا أضرب اليوم رجلاً أبلى الله المسلمين به ما ابلاهم غلى سبيله فقال
أبو محجن قد كنت أشربها إذ يقام على الحد واطهر منها .

فأما إذا بهرجتني فوالله لا أشربها أبداً ، وهذا اتفاق لم يظهر خلافه ، فأما إذا
رجع فإنه يقام الحد عليه لعموم الآيات والأخبار وإنما آخر لعارض كما يؤخر
لمرض أو شغل فإذا زال العارض أقيم الحد لوجود مقتضيه وانتفاء معارضه ،
ولهذا قال عمر حتى يقطع الدرب قافلا .

(فصل) وتقام الحدود في الثغور بغير خلاف نعلمه لأنها من بلاد الإسلام والحاجة داعية الى زجر أهلها كالحاجة الى زجر غيرهم وقد كتب عمر الى ابي عبيدة ان يجلد من شرب الخمر ثمانين وهو بالشام وهو من الثغور .

« مسأله ، قال (واذا فتح حصن لم يقتل من لم يحتل او ينبت او يبلغ خمس عشرة سنة) »

وجملة ذلك ان الامام اذا ظفر بالكفار لم يحز ان يقتل صبياً لم يبلغ بغير خلاف ، وقد روى ابن عمر رضى الله عنه ، ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء والصبيان ، متفق عليه ، ولأن الصبي يصير رقيقاً بنفس السبى في قتله اتلاف المال واذا سبى منفرداً صار مسلماً فإتلافه اتلاف من يمكن جعله مسلماً والبلوغ يحصل بأحد اسباب ثلاثة .

أحدها : الاحتلام وهو خروج المنى من ذكر الرجل او قبل الأثني في بقعة او منام وهذا لا خلاف فيه ، وقد قال الله تعالى (يا ايها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت ايمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات) ثم قال (واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا یتیم بعد احتلام » وقال لمعاذ « خذ من كل عالم ديناراً » وراهما ابو داود .

الثاني : انبت الشعر الخش حول القبل وهو علامة على البلوغ بدليل ما روى عطية القرظي قال « كنت من سبى قريظة فكانوا ينظرون فمن انبت الشعر قتل ومن لم ينبت لم يقتل فسكنت فيمن لم ينبت ، أخرجه الأثرم والترمذي .

وقال هذا حديث حسن صحيح ، وعن كثير بن السائب قال « حدثني ابناء قريظة انهم عرضوا على النبي صلى الله عليه وسلم فمن كان منهم محتلماً او نبتت عانته قتل ومن لا ترك ، أخرجه الأثرم :

وعن اسلم مولى عمر ان عمر كان يكتب الى امراء الأجناد ان لا يقتلوا الا من جرت عليه المواسي ولا يأخذوا الجزية الا ممن جرت عليه المواسي ، وحكى عن الشافعي ان هذا بلوغ في حق الكفار لأنه لا يمكن الرجوع الى قولهم في الاحتلام

وعدد السنين وليس بعلامة عليه في حق المسلمين لا مكان ذلك فيهم .
ولنا قول أبي نضرة وعقبة بن عامر حين اختلف في بلوغ تميم بن قرع المهرى
انظروا فإن كان قد أشعر فاقسموا له فنظر اليه بعض القوم فإذا هو قد أنبت
فقسموا له ولم يظهر خلاف هذا فكان إجماعاً ، ولأنه علم على البلوغ في حق
الكافر فكان علماً عليه في حق المسلم كالعلمين الآخرين ولأنه أمر ببلوغ البلوغ
غالباً فكان علماً عليه كالاختلام .

وقولهم : إنه يتعذر في حق الكافر معرفته الاختلام والسن ، قلنا : لا تعذر
معرفة السن في الذمى الناشئ بين المسلمين ثم تعذر المعرفة لا يوجب جعل ما ليس
بعلامة علامة كغير الانبات .

الثالث : بلوغ خمس عشرة سنة لما روى ابن عمر قال : عرضت على النبي صلى
الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يحزني في القتال وعرضت عليه وأنا
ابن خمس عشرة فأجازني في المقاتلة ، قال نافع فحدثت عمر بن عبد العزيز بهذا
الحديث فقال هذا فصل ما بين الرجال وبين الغلمان ، متفق عليه وهذه العلامات
الثلاث في حق الذكر والأنثى ، وتزيد الأنثى بعلامتين الحيض والحمل فمن لم يوجد
فيه علامة منهن فهو صبي يحرم قتله .

(فصل) ولا تقتل امرأة ولا شيخاً فأن وبذلك قال مالك وأصحاب الرأي ،
وروى ذلك عن أبي بكر الصديق ومجاهد : وروى عن ابن عباس في قوله تعالى
(ولا تعتدوا) بقول لا تقتلوا النساء والصبيان والشيخ الكبير .

وقال الشافعي في أحد قوليه وابن المنذر يجوز قتل الشيوخ لقول النبي صلى
الله عليه وسلم : اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم (رواه أبو داود
والترمذي ، وقال حديث حسن صحيح) ولأن الله تعالى قال (فاقتلوا المشركين)
وهذا عام يتناول بعمومه الشيوخ .

وقال ابن المنذر : لا أعرف حجة في ترك قتل الشيوخ يستثنى بها من عموم
قوله (فاقتلوا المشركين) ولأنه كافر لا نفع في حياته فيقتل كالشباب .
ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تقتلوا شيخاً فانياً ، ولا طفلاً ،
ولا امرأة ، رواه أبو داود في سننه .

وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه وصى يزيد حين وجهه إلى الشام فقال : لا تقتل صبيا ولا امرأة ولا هرما .

وعن عمر أنه وصى سلمة بن قيس فقال : لا تقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا هماً ، رواهما سعيد ، ولأنه ليس من أهل القتال فلا يقتل كالمرأة ، وقد أومأ النبي صلى الله عليه وسلم إلى هذه العلة في المرأة فقال : ما بال هذه قتلت وهي لا تقاتل ، والآية مخصوصة بما رويناه ولأنه قد خرج من عمومها المرأة ، والشيخ الهرم في معناها فنقيسه عليها ، وأما حديثهم فأراد به الشيوخ الذين فيهم قوة على القتال أو معونة عليه برأى أو تدبير جمعا بين الأحاديث ولأن أحاديثنا خاصة في الهرم وحديثهم عام في الشيوخ كاهم والخاص يقدم على العام وقياسهم ينتقض بالمعجوز التي لا تنفع فيها .

(فصل) ولا يقتل زمن ولا أعمى ولا راهب والخلاف فيهم كالحلاف في الشيخ وحببتهم ههنا حجتهم فيه .

ولنا في الزمن والأعمى أنهما ليسا من أهل القتال فأشبهها المرأة وفي الراهب ما روى في حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال : وستمرون على أقوام في العيرامع قد حبسوا أنفسهم فيها فدعوهم حتى يميئتهم الله على ضلالهم ، ولأنهم لا يقاتلون تدبنا فأشبهوا من لا يقدر على القتال .

(فصل) ولا يقتل العبيد ، وبه قال الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم : أدركوا خالداً فروه إن لا يقتل ذرية ، ولا عسيفا ، وهم العبيد لأنهم يصيرون رقيقا للمسلمين بنفس السبى فأشبهوا النساء والصبيان .

(فصل) ومن قاتل عن ذكرنا جميعهم جاز قتله لأن النبي (ص) قتل يوم قريظة امرأة ألفت رجا على محمود بن سلمة ، ومن كان من هؤلاء الرجال المذكورين ذا رأى يعين به في الحرب جاز قتله لأن دريد بن الصمة قتل يوم حنين وهو شيخ لا قتال فيه وكانوا خرجوا به معهم يتيمنون به ويستعينون برأيه فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم قتله ولأن الرأي من أعظم المعونة في الحرب وقد جاء عن معاوية أنه قال لمروان والاسود أمددتما عليا بقيس بن سعد وبرأيه ومكائده فوالله لو أنكما أمددناه بشانية آلاف مقاتل ما كان بأغيظ لي من ذلك .

« مسألة ، قال ١ ومن قاتل من هؤلاء النساء والمشايخ والرهبان في المعركة قتل »

لا نعلم فيه خلافاً ، وبهذا قال الأوزاعي والثوري والليث والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقد جاء عن ابن عباس قال « مر النبي صلى الله عليه وسلم بامرأة مقتولة يوم الخندق فقال : من قتل هذه ؟ قال رجل أنا يا رسول الله قال : ولم ؟ قال نازعتني قاسم سيفي . قال : فسكت ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم وقف على امرأة مقتولة فقال : ما بالها قتلت وهي لا تقاتل ، وهذا يدل على أنه إنما نهى عن قتل المرأة إذا لم تقاتل ولأن هؤلاء إنما لم يقتلوا لأنهم في العادة لا يقاتلون .

(فصل) فأما المريض فيقتل إذا كان ممن لو كان صحيحاً قاتل لأنه بمنزلة الاجهاز على الجريح إلا أن يكون ما يؤسأ من برئه فيكون بمنزلة الزمن لا يقتل لأنه لا يخاف منه أن يصير الى حال يقاتل فيها .

(فصل) فأما الفلاح الذي لا يقاتل فينبغي أن لا يقتل لما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال « اتقوا الله في الفلاحين الذين لا ينصبون لكم الحرب ، وقال الأوزاعي . لا يقتل الحراث إذا علم أنه ليس من المقاتلة ، وقال الشافعي : يقتل إلا أن يؤدي الجزية لدخوله في عموم المشركين .

ولنا قول عمرو : أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقتلوه حين فتحوا البلاد ولأنهم لا يقاتلون فأشبهوا الشيوخ والرهبان .

(فصل) إذا حاصر الامام حصناً لزمته مصابرة ولا ينصرف عنه إلا بخصلة من خصال خمس .

أحدها : أن يسلبوا فيحرزوا بالاسلام دماءهم وأموالهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها ، وإن أسلموا بعد الفتح عصموا دماءهم دون أموالهم ويرقون .

الثانية : أن يبذلوا مالا على المصادعة فيجوز قبوله منهم سواء أعطوه جملة أو جعلوه خراجاً مستمراً يؤخذ منهم كل عام ، فإن كانوا ممن تقبل منهم الجزية فبذلوا لزمه قبولها منهم وحرمت قتالهم لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن

يد وهم صاغرون) وان بذلوا مالا على غير وجه الجزية فرأى المصلحة في قبوله قبله ولا يلزمه قبوله إذا لم ير المصلحة فيه . الثالثة : أن يفتح .

الرابعة : أن يرى المصلحة في الانصراف عنه إما لضرر في الإقامة وإما لليأس منه وإما لمصلحة ينتهزها تفوت بإقامته فينصرف عنه لما روى أن النبي (ص) حاصر أهل الطائف فلم ينل منهم شيئا فقال : انا قافلون ان شاء الله تعالى غدا فقال المسلمون أنرجع عنه ولم نفتح ؟ فقال رسول الله (ص) : اغدوا على القتال فغدوا عليه فأصابهم الجراح فقال لهم رسول الله (ص) : انا قافلون غدا فأعجبهم ففعل رسول الله (ص) ، متفق عليه .

الخامسة : أن ينزلوا على حكم حاكم فيجوز لما روى أن النبي (ص) أنه لما حاصر بني قريظة رضوا بأن ينزلوا على حكم سعد بن معاذ فأجابهم الى ذلك والكلام فيه في فصلين .

أحدهما : صفة الحاكم .

والثاني صفة الحكم فيعتبر فيه سبعة شروط . أن يكون الحاكم حراً مسلماً عاقلاً بالغاً ذكراً عدلاً فقيهاً كما يشترط في حاكم المسلمين ويجوز أن يكون أعمى لأن عدم البصر لا يضر في مسألتنا لأن المقصود رأيه ، ومعرفة المصلحة في أحد أقسام الحكم ، ولا يضر عدم البصر فيه بخلاف القضاء فإنه لا يستغنى عن البصر ليعرف المدعى من المدعى عليه والشاهد من المشهود له والمشهود عليه والمقر له من المقر ويعتبر من الفقة ههنا ما يتعلق بهذا الحكم مما يجوز فيه ويعتبر له ونحو ذلك ولا يعتبر فقهه في جميع الأحكام التي لا تعلق له بهذا ولهذا حكم سعد بن معاذ ولم يثبت أنه كان عالماً بجميع الأحكام وإذا حكموا رجلين جاز ويكون الحكم ما اتفقا عليه وإن حادوا الحكم الى رجل يعينه الامام جاز لأنه لا يختار الا من يصلح وإن نزلوا على حكم رجل منهم أو جعلوا التعيين اليهم لم يجز لأنهم ربما اختاروا من لا يصلح وإن عينوا رجلاً يصلح فرضيه الامام جاز لأن بني قريظة رضوا بحكم سعد بن معاذ وعينوه فرضيه النبي صلى الله عليه وسلم وأجاز حكمه وقال لقد حكمت فيهم بحكم الله ، وإن مات من اتفقوا عليه قاتلوا على غيره ممن

يصلح قام مقامه ، وان لم يتفقوا على من يقوم مقامه أو طلبوا حكماً لا يصلح ردوا الى مأمئهم وكانوا على الحصار حتى يتفقوا ، وكذلك ان رضوا باثنين فأت أحدهما فاتفقوا على من يقوم مقامه جاز والاردوا الى مأمئهم ، وكذلك ان رضوا بتحكيم من لم تجتمع الشرائط فيه ووافقهم الامام عليه ، ثم بان أنه لا يصلح لم يحكم ويردون الى مأمئهم كما كانوا .

وأما صفة الحكم . فان حكم أن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذرارهم نفذ حكمه لأن سعد بن معاذ حكم في بنى قريظة بذلك فقال النبي (ص) د لقد حكمت فيهم بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة ، وان حكم بالمن على المقاتلة وسبى الذرية فقال القاضي يلزم حكمه ، وهو مذهب الشافعي لان الحكم اليه فيما يرى المصلحة فيه فكان له ان كالامام في الاسير .

واختار أبو الخطاب أن حكمه لا يلزم لان عليه أن يحكم بما فيه الحظ ولا حظ للمسلمين في المن ، وان حكم بالمن على الذرية فينبغي أن لا يجوز لأن الامام لا يملك المن على الذرية اذا سبوا فكذلك الحاكم ، ويحتمل الجواز لان هؤلاء لم يتعين السبى فيهم بخلاف من سبى فانه يصير رقيقاً بنفس السبى .

وان حكم عليهم بالفداء جاز لان الامام مخير في الاسرى بين القتل والفداء والاسترقاق والمن فكذلك الحاكم ، وان حكم عليهم بإعطاء الجزية لم يلزم حكمه لان عقد الذمة عقد معاوضة فلا يثبت الا بالتراضي ولذلك لا يملك الامام اجبار الاسير على اعطاء الجزية .

وان حكم بالقتل والسبى جاز للامام المن على بعضهم ، لأن ثابت بن قيس د سأل في الزبير بن باطا من قريظة وماله رسول الله (ص) فأجابه ، ويخالف مال الغنيمة اذا حازه المسلمون لان ملكهم استقر عليه .

وان أسلموا قبل الحكم عليهم عصموا دماءهم وأموالهم لأنهم أسلموا وهم أحرار وأموالهم لهم فلم يجز استرقاقهم بخلاف الاسير فإن الاسير قد ثبتت اليد عليه كما ثبتت على الذرية ولذلك جاز استرقاقه وان أسلموا بعد الحكم عليهم نظرت فإن كان قد حكم عليهم بالقتل سقط لان من أسلم فقد عصم دمه ولم يجز استرقاقهم

لأنهم أسلموا قبل استرقاقهم ، قال أبو الخطاب : ويحتمل جواز استرقاقهم كما لو أسلموا بعد الأسر ويكون المال على ما حكم فيه ، وإن حكم بأن المال للمسلمين كان غنيمته لأنهم أخذوه بالقهر والخصر .

« مسألة ، قال (وإذا خلى الأسير منا وحلف أن يبعث إليهم بشيء يعينه أو يعود إليهم فلم يقدر عليه لم يرجع إليهم)

وجملته أن الأسير إذا خلاه الكفار واستحلفوه على أن يبعث إليهم بفدائه أو يعود إليهم نظرت فإن أكرهه بالعذاب لم يلزمه الوفاء لهم برجوع ولا فداء لأنه مكره فلم يلزمه ما أكره عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « عفى لا متى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وإن لم يكره عليه وقدر على الفداء الذي التزمه لزمه أدائه ، وبهذا قال عطاء والحسن والزهرى والنخعي والثوري والأوزاعي ، وقال الشافعي أيضا لا يلزمه لأنه حر لا يستحقون بدله .

ولنا قول الله تعالى (وأوفوا بعهدي إذا عاهدتم) ولما صالح النبي (ص) أهل الحديبية على رد من جاءه مسلما وفي لهم بذلك وقال « أنا لا يصلح في ديننا الغدر » ولأن في الوفاء مصلحة للأسارى وفي الغدر مفسدة في حقهم لأنهم لا يؤمنون بعده والحاجة داعية إليه فلزمه الوفاء به كما يلزمه الوفاء بعقد الهدنة ، ولأنه عاهدهم على أداء مال فلزمه الوفاء به كضمن المبيع والمشرط في عقد الهدنة في موضع يجوز شرطه وما ذكره باطل بما إذا شرط رد من جاءه مسلما أو شرط لهم مالا في عقد الهدنة .

فأما إن عجز عن الفداء نظرنا فإن كان المفادى امرأة لم يرجع إليهم ولم يحل لها ذلك لقول الله تعالى (فلا ترجعوهن إلى الكفار) ولأن في رجوعها تسليطا لهم على وطنها حراما ، وقد منع الله تعالى رسوله رد النساء إلى الكفار بعد صلحه على ردهن في قصة الحديبية ، وفيها « لجاء نسوة مؤمنات فنهام الله أن يردوهن » رواه أبو داود وغيره ، وإن كان رجلا ففيه روايتان :

أحدهما لا يرجع أيضا ، وهو قول الحسن والنخعي والثوري والشافعي لأن الرجوع إليهم معصية فلم يلزم بالشرط ، كما لو كان امرأة ، وكما لو شرط قتل مسلم أو شرب الخمر .

والثانية يلزمه : وهو قول عثمان والزهرى والاوزاعى ومحمد بن سوقة لما ذكرنا فى بعث الفداء ، ولان النبي (ص) قد عاهد قريشا على رد من جاءه مسلما ورد أبا بصير وقال : انا لا يصلح فى ديننا الغدر ، وفارق رد المرأة فإن الله تعالى فرق بينهما فى هذا الحكم حين صالح النبي صلى الله عليه وسلم قريشا على رد من جاءه منهم مسلما فأمضى الله ذلك فى الرجال ونسخه فى النساء ، وقد ذكرنا الفرق بينهما من ثلاثة أوجه تقدمت .

فصل

فإن أطلقوه وآمنوه صاروا فى أمان منه ، لأن أمانهم له يقتضى سلامتهم منه فإن أمكنه المضى الى دار الاسلام لزمه ، وإن تعذر عليه أقام وكان حكمه حكم من أسلم فى دار الحرب ، فإن أخذ فى الخروج فأدركوه وتبعوه قاتلهم وبطل الأمان لأنهم طلبوا منه المقام وهو معصية : فأما ان أطلقوه ولم يؤمنوه فله أن يأخذ منهم ما قدر عليه ويسرق ويهرب ، لأنه لم يؤمنهم ولم يؤمنوه ، وإن أطلقوه وشرطوا عليه المقام عندهم لزمه ما شرطوا عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم المؤمنين عند شروطهم ، وقال أصحاب الشافعى لا يلزمه .

فأما ان أطلقوه على انه رقيق لهم فقال ابو الخطاب : له أن يسرق ويهرب ويقتل ، لأن كونه رقيقا حكم شرعى لا يثبت عليه بقوله ولو ثبت لم يقتض أمانا له منهم ولا لهم منه ، وهذا مذهب الشافعى

وإن أحلفوه على هذا فإن كان مكرها على اليمين لم تنعقد يمينه ، وإن كان مختارا لحنت كفر يمينه يحتمل ان تلزمه الإقامة على الرواية التى تلزمه الرجوع اليهم فى المسألة الاولى ، قول الليث

(نص) : ان اشترى الاسير شيئا مختارا أو اقترضه فالعقد صحيح ويلزمه الوفاء لهم لأنه عقد معاوضة فأشبه ما لو فعله غير الاسير ، وإن كان مكرها لم يصح فإن أكرهوه على قبضه لم يضمه ولكن عليه رده اليهم ان كان باقيا لأنهم دفعوه اليه بحكم العقد ، وإن قبضه باختياره ضمنه لأنه قبضه عن عقد فاسد ، وإن باعه والعين قائمة لزمه ردها لان العقد باطل ، وإن عدت العين رد قيمتها .

« مسألة ، قال : ولا يحل لمسلم أن يهرب من كافرين ، ومباح له أن يهرب من ثلاثة ، فإن خشي الأسر قاتل حتى يقتل)

وجملته أنه إذا التقى المسلمون والكفار وجب الثبات وحرر الفرار ، بدليل قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار (الآية ، وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيراً لعلمكم تفلحون) وذكر النبي (ص) الفرار يوم الزحف فعده من الكبائر .

وحكى عن الحسن والضحاك أن هذا كان يوم بدر خاصة ولا يجب في غيرها والأمر مطلق وخبر النبي (ص) عام فلا يجوز التقييد والتخصيص إلا بدليل ، وإنما يجب الثبات بشرطين

أحدهما : أن يكون الكفار لا يزيدون على ضعف المسلمين ، فإن زادوا عليه جاز الفرار ، لقول الله تعالى (الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً فإن يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين) وهذا إن كان لفظه لفظ الخبر فهو أمر ، بدليل قوله (الآن خفف الله عنكم) ولو كان خبراً على حقيقته لم يكن ردنا من غلبة الواحد للعشرة إلى غلبة الإثنين تخفيفاً ، ولأن خبر الله تعالى صدق لا يقع بخلاف مخبره ؛ وقد علم أن الظفر والغلبة لا يحصل للمسلمين في كل موطن يكون العدو فيه ضعف المسلمين فما دون فلم أنه أمر وفرض ولم يأت شيء ينسخ هذه الآية لا في كتاب ولا سنة فوجب الحكم بها .

قال ابن عباس « نزلت (إن يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين) فشق ذلك على المسلمين حين فرض الله عليهم ألا يفر واحد من عشرة . ثم جاء تخفيف فقال (الآن خفف الله عنكم — إلى قوله — يغلبوا مائتين) فلما خفف الله عنهم من العدد نقص من الصبر بقدر ما خفف من العدد ، رواه أبو داود

وقال ابن عباس « من فر من اثنين فقد فر ومن فر من ثلاثة فما فر ، الثاني : أن لا يقصد بفراره التحيز إلى فئة ولا التحرف لقتال ، فإن قصد أحد هذين فهو مباح له ، لأن الله تعالى قال (إلا متحرفاً لقتال أو متحيزاً إلى فئة) ومعنى التحرف للقتال أن ينحاز إلى موضع يكون القتال فيه أمكن ، مثل أن ينحاز

من مواجهة الشمس أو الريح إلى استدبارهما أو من نزلة إلى علو أو من معشقة إلى موضع ماء أو يفر بين أيديهم لئلا تنقض صفوفهم أو تنفرد خيلهم من رجالهم أو ليجد فيهم فرصة أو ليستند إلى جبل ونحو ذلك مما جرت به عادة أهل الحرب وقد روى عن عمر رضى الله عنه : أنه كان يوماً في خطبته إذ قال بأسارية بن زعيم الجبل . ظلم الذئب من استرعاه الغنم . فأنكرها الناس فقال على رضى الله عنه : دعوه ، فلما نزل سألوه عما قال فلم يعترف به ، وكان قد بعث سارية إلى ناحية العراق لغزوهم ، فلما قدم ذلك الجيش أخبروا أنهم لقوا عدوهم يوم جمعة فظفروا عليهم فسمعوا صوت عمر فتحيزوا إلى الجبل فنجوا من عدوهم فانتصروا عليهم ، وأما التحيز إلى فئة فهو أن يصير إلى فئة من المسلمين ليكون معهم فيقوى بهم على عدوهم ، وسواء بعدت المسافة أو قربت

قال القاضي : لو كانت الفئة بخراسان والفئة بالحجاز جاز التحيز إليهما ونحوه ذكر الشافعي ، لأن ابن عمر روى أن النبي (ص) قال : إني فئة لكم وكانوا بمكان بعيد منه ، وقال عمر : أنا فئة كل مسلم ؛ وكان بالمدينة وجيوشه بمصر والشام والعراق وخراسان ، رواهما سعيد

وقال عمر : رحم الله أبا عبيد لو كان تحيز إلى أئمتنا له فئة ، وإذا خشي الأسر فالأولى له أن يقاتل حتى يقتل ولا يسلم نفسه للأسر ، لأنه يفوز بثواب الدرجة الرفيعة ويسلم من تحكم الكفار عليه بالتعذيب والاستخدام والفتنة . وإن استأسر جاز لما روى أبو هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث عشرة عينا وأمر عليهم عاصم بن ثابت ، فنفرت إليهم هذيل بقريب من مائة رجل رام فلما أحس بهم عاصم وأصحابه لجئوا إلى فدفة فقالوا لهم : انزلوا فأعطونا بأيديكم ولكم العهد والميثاق أن لا نقتل منكم أحداً ؛ فقال عاصم : أما أنا فلا أنزل في ذمة كافر فرموهم بالنبل فقتلوا عاصمًا في سبعة معه ونزل إليهم ثلاثة على العهد والميثاق منهم خبيب وزيد بن الدثنة ، فلما استمكنوا منهم أطلقوا أوتار قسيهم فربطوهم بها ، متفق عليه ، فعاصم أخذ بالعزيمة وخبيب وزيد أخذوا بالرخصة وكلمهم محمود غير مذموم ولا ملوم .

(فصل) وإذا كان العدو أكثر من ضعف المسلمين فغلب على ظن المسلمين

الظفر فالأولى لهم الثبات لما في ذلك من المصلحة ، وإن انصرفوا جاز لأنهم لا يأمنون العطب ، والحكم علق على مظهره ، وهو كونهم أقل من نصف عددهم ، ولذلك لزمهم الثبات إذا كانوا أكثر من النصف . وإن غلب على ظنهم الهلاك فيه .

ويحتمل أن يلزمهم الثبات إن غلب على ظنهم الظفر لما فيه من المصلحة ، وإن غلب على ظنهم الهلاك في الإقامة والنجاة في الانصراف فالأولى لهم الانصراف ، وإن ثبتوا جاز لأن لهم غرضاً في الشهادة ويجوز أن يغلبوا أيضاً ، وإن غلب على ظنهم الهلاك في الإقامة والانصراف فالأولى لهم الثبات لينالوا درجة الشهداء المقبلين على القتال محتسبين فيكونون أفضل من المولين ، ولأنه يجوز أن يغلبوا أيضاً . فإن الله تعالى يقول (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة بإذن الله والله مع الصابرين) ولذلك صبر عاصم وأصحابه فقاتلوا حتى أكرمهم الله بالشهادة .

(فصل)

فإن جاء العدو بلداً فلاهله التحصن منهم . وإن كانوا أكثر من نصفهم ليلاحقهم مدد أو قوة ، ولا يكون ذلك تولياً ولا فراراً إنما التولي بعد لقاء العدو وإن لقوهم خارج الحصن فلهم التحيز إلى الحصن ، لأنه بمنزلة التحرف للقتال أو التحيز إلى فئة . وإن غزوا فذهبت دوابهم فليس ذلك عذراً في الفرار لأن القتال ممكن للرجاله ، وإن تحيزوا إلى جبل ليقاتلوا فيه رجالة فلا بأس لأنه تحرف للقتال ، وإن ذهب سلاحهم فتحيزوا إلى مكان يمكنهم القتال فيه بالحجارة والتستر بالأشجار ونحوه أو لهم في التحيز إليه فائدة جاز

(فصل) فإن ولي قوم قبل أحرار الغنيمة وأحرزها المنافق فلا شيء للغارين لأن أحرارها حصل بغيرهم فكان ملكها لمن أحررها ، وإن ذكروا أنهم فروا متحيزين إلى فئة أو متحرفين للقتال فلا شيء لهم أيضاً لذلك ، وإن فروا بعد أحرار الغنيمة لم يسقط حقهم منها ، لأنهم ملكوا الغنيمة لحيازتها فلم يزل ملكهم عنها بفرارهم .

(فصل) وإذا ألقى الكفار ناراً في سفينة فيها مسلمون فاشتعلت فيها فما غلب على ظنهم السلامة فيه من بقائهم في مركبهم أو لقاء نفوسهم في الماء فالأولى

لهم فعله وإن استوى عندهم الأمران فقال أحمد كيف شاء يصنع، قال الأوزاعي
 هما موتان فاختر أيسرهما . وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى : أنهم يلزمهم
 المقام لأنهم إذا رموا نفوسهم في الماء كان موتهم بفعلهم . وإن أقاموا فموتهم
 بفعل غيرهم .

« مسأله ، قال (ومن أجر نفسه بعد أن غنموا على حفظ الغنيمة فباح له
 ما أخذ ان كان راجلا أو على دابة يملكها)

وجملته أن الغنيمة إذا احتاجت الى من يحفظها أو سوق الدواب التي هي
 منها أو يرعاها أو يحملها ، فإن للامام أن يستاجر من يفعل ذلك ويؤدي أجرتها
 منها لأن ذلك من مؤنتها فهو كعلف الدواب وطعام السبي ، ومن أجر نفسه على
 فعل شيء من ذلك فله أجرته مباحة ، لأنه أجر نفسه لفعل بالمسلمين إليه حاجة
 خلقت له أجرته كما لو أجر نفسه على الدلالة الى الطريق .

فأما قوله ان كان راجلا أو على دابة يملكها فإنه يعنى به لا يركب من دواب
 المغنم ولا فرسا حبيسا .

قال أحمد : لا بأس أن يئجر الرجل نفسه على دابته وكره أن يستاجر القوم
 على سياق الرمك على فرس حبيس ، لأنه يستعمل الفرس الموقوفة للجهاد فيما
 يختص منفعة نفسه ، فإن أجر نفسه فركب الدابة الحبيس أو دابة من المغنم لم تطب
 له أجرة لأن المعين له على العمل يختص منفعة نفسه ، فلا يجوز أن يستعمل فيه
 دواب المغنم ولا دواب الحبيس ، وينبغي أن يلزمه بقدر أجر الدابة يرد في الغنيمة
 ان كان من الغنيمة أو يصرف في نفقة دواب الحبيس ان كان الفرس حبيسا
 (فصل) فإن شرط في الاجابة ركوب دابة من الغنيمة فينبغي أن يجوز لأن
 ذلك بمنزلة أجرة تدفع اليه من المغنم ، ولو أجر نفسه بدابة من المغنم معينة صح ،
 فإذا جعل أجره ركوبها كان أولى إلا أن يكون العمل مجهولا فلا يجوز لأن من
 شرط صحة اجارتها كون عوضها معلوما ، وان شرط في الاجارة ركوب دابة
 من الحبيس لم يحز ، لأنها انما حبست على الجهاد ، وليس هذا بجهاد ، انما هو
 نفع لأهل الغنيمة .

(فصل) ولا يجوز الانتفاع من الغنيمة بركوب دابة منها ولا لبس ثوب من ثيابها ، لما روى رويغ بن ثابت قال : لا أقول لكم إلا ما سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم خيبر : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فيء المسلمين حتى إذا أعجمها ردها فيه ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى إذا أخلقه رده فيه ، رواه أبو داود والأثرم .

وعن رجل من بلقين قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بوادي القرى ، فقلت ما تقول في الغنيمة ؟ فقال : لله خمسها وأربعة أخماسها للجيش . فقلت فما أحد أولى به من أحد ؟ قال لا ، ولا السهم تستخرجه من جنبك أنت أحق به من أخيك المسلم ، رواه الأثرم ، ولأن الغنيمة مشتركة بين الغانمين وأهل الخمس فلم يجوز لواحد الاختصاص بمنفعته كغيره من الأموال المشتركة ، فإن دعت الحاجة إلى القتال بسلاحهم فلا بأس . قال أحمد . إذا كان أنكى فيهم أو خاف على نفسه فتم .

وذكر حديث سيف أبي جهل وهو ما روى عبد الله بن مسعود قال : انتهيت إلى أبي جهل يوم بدر وقد ضربت رجله فقلت الحمد لله الذي أخزأك يا أبا جهل فأضربه بسيف معي غير طائل فوق سيفه من يده فأخذت سيفه فضربت به حتى برد ، رواه الأثرم ، وفي ركوب الفرس للجهاد روايتان .

أحدهما : يجوز كما يجوز في السلاح .

والثانية : لا يجوز لأنها تعرض للعطب غالبا وقيمتها كثيرة بخلاف السلاح .

« مساله ، قال (ومن لقي علجا فقال له قف أو الق سلاحك فقد آمنه)

قد تقدم الكلام فيمن يصح أمانه ، ونذكر هنا صفة الأمان ، فالذي ورد به الشرع لفظتان : أجرتك وأمنتك ، لقول الله تعالى (وإن أحد من المشركين استجارك فأجره) وقال النبي (ص) « قد أجرنا من أجرت وأمانا من أمنت . » وقال : من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن أغلق بابها فهو آمن ، وفي معنى ذلك إذا قال لا تخف لا تذهل لا تخش لا خوف عليك لا بأس عليك .

وقد روى عن عمر انه قال : اذا قلت لا بأس أو لا تذهل أو مترس فقد
أمنتوم فإن الله تعالى يعلم الالسنه ، وفي رواية أخرى : اذا قال الرجل للرجل
لا تخف فقد أمنت ، فإذا قال لا تذهل فقد أمنت فإن الله يعلم الالسنه ،

وروى أن عمر قال للهرمزان : تكلم ولا بأس عليك ، فلما تكلم أمر عمر
بقتله ، فقال أنس بن مالك : ليس لك الى ذلك سبيل قد أمنت ، فقال عمر كلا ،
فقال الزبير قد قلت له : تكلم ولا بأس عليك ، فدرا عمر عنه القتل ، رواه سعيد
وغیره ، وهذا كله لا نعلم فيه خلافا .

فأما ان قال له قم أو قف أو ألق سلاحك : فقال أماننا هو أمان أيضا ،
لان الكافر يعتقد هذا أمانا فاشبه قوله أمنتك .

وقال الاوزاعي : ان ادعى الكافر انه آمن او قال انما وقفت لندائك فهو
آمن ، فإن لم يدع ذلك فلا يقبل ، ويحتمل ان هذا ليس بأمان لان لفظه لا يشعر
به وهو يستعمل للإرهاب والتخويف فلم يكن أمانا لقوله لاقتلك لكن يرجع
الى القائل ، فإن قال نويت به الامان فهو امان ، وان قال لم ارد امانه نظرنا في
الكافر فإن قال اعتقده امانا رد الى ما منه ولم يجر قتله وان لم يعتقده امانا فليس
بأمان كما لو اشار اليهم بما اعتقدوه امانا .

فصل

فان اشار المسلم اليهم بما يرونه امانا وقال اردت به الامان فهو امان ، وان
قال لم ارد به الامان فالقول قوله لانه اعلم بنيته ، فإن خرج الكفار من حصنهم
بناء على هذه الاشارة لم يجر قتلهم ولكن يردون الى ما منهم
وقال عمر رضى الله عنه : والله لو ان احدكم اشار بأصبعه الى السماء الى
مشارك فنزل بأمانه فقتله لقتله به ، رواه سعيد ، وان مات المسلم او غاب فإنهم
يردون الى ما منهم وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر .

فان قيل وكيف صححت الامان بالاشارة مع القدرة على النطق بخلاف البيع
والطلاق والعنق؟ قلنا تغليباً لحقن الدم كما حقن دم من له شبهة كتاب تغليباً لحقن
دمه ، ولان الكفار في الغالب لا يفهمون كلام المسلمين والمسلمون لا يفهمون
كلامهم فدعت الحاجة الى التكليم بالاشارة بخلاف غيره .

(فصل)

إذا سببت كافرة لجاء ابنها يطلبها وقال : إن عندي أسيراً مسلماً فأطلقوها حتى أحضره ، فقال الامام أحضره فأحضره لزم إطلاقها ، لأن المفهوم من هذا إجابته إلى ما سأل ، وإن قال الإمام لم أورد إجابته لم يجبر على ترك أسيره ورد إلى مأمنه . وقال أصحاب الشافعي : يطلق الأسير ولا تطلق المشركة ، لأن المسلم حر لا يجوز أن يكون ثمنًا لمملوكة ، ويقال له إن اخترت شراءها فانت بشئها .

ولنا أن هذا يفهم منه الشرط فيجب الوفاء به كما لو صرح به ، ولأن الكافر فهم منه ذلك وبني عليه فأشبهه ما لو فهم الأمان من الإشارة . وقولهم إن الحر لا يكون ثمنًا لمملوكة ، قلنا لكن يصح أن يفادى بها ، فقد فادى رسول الله (ص) بالأسيرة التي أخذها من سلمة بن الأكوع برجلين من المسلمين ، وفادى برجلين من المسلمين بأسير من الكفار ووفى لهم برد من جاءه مسلماً وقال : أنه لا يصلح في ديننا الغدر ، وإن كان رد المسلم إليهم ليس بحق لهم ، ولأنه التزم إطلاقها فلزمه ذلك لقوله عليه السلام : المسلمون على شروطهم ، وقوله : أنه لا يصلح في ديننا الغدر ،

مسألة ، قال (ومن سرق من الغنيمة من له فيها حق أو لولده أو لسيده لم يقطع)

يعني إذا كان السارق بعض الغائبين أو أباه أو سيده فلا يقطع عليه لأن له شبهة وهو حقه المتعلق بها فيكون ذلك مانعاً من قطعه لأن الحدود تدرباً بالشبهات فأشبهه ما لو سرق من مال مشترك بينه وبين غيره ، وهكذا إن كان لابنه وإن علا وهو قول أبي حنيفة والشافعي : وزاد أبو حنيفة : إذا كان لذي رحم محرم منه فيها حق لم يقطع مبنًى على أنه لا يقطع بسرقة ما لهم ، وقد سبق الكلام في هذا ، ولو كان لأحد الزوجين فيها حق فسرق منها الآخر لم يقطع عند من لا يرى أن أحدهما يقطع بسرقة مال الآخر وقد سبق ذكر هذا .

(فصل) والسارق من الغنيمة غير الغال فلا يجري مجراه في إحراق رحله ولا يجري الغال مجرى السارق في قطع يده . وذكر بعض أصحابنا أن السارق يحرق

رحله لأنه في معنى الغال ، ولأنه لما درى عنه الحد وجب أن يشرع في حقه عقوبة أخرى كسارق النثر يغرم مثلي ما سرق .

ولنا أن هذا لا يقع عليه اسم الغال حقيقة ولا هو في معناه لأن الغلول يكثر لكونه أخذ مال لا حافظ له ولا يطلع عليه غالباً فيحتاج إلى زاجر عنه ، وليس كذلك السرقة فإنها أخذ مال محفوظ فالحاجة إلى الزجر عنه أقل

« مسألة ، قال (وان وطىء جارية قبل أن يقسم أدب ولم يبلغ به حد الزاني وأخذ منه مهر مثلها فطرح في المقسم إلا أن تلد منه فتكون عليه قيمتها)

يعنى إذا كان الواطىء من الغانمين أو ممن لولده فيها حق فلا حد عليه ، لأن الملك يثبت للغانمين في الغنيمة فيكون للواطىء حق في هذه الجارية ، وان كان قليلاً فيدراً عنه الحد للشبهة ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وقال مالك وأبو ثور عليه الحد لقول الله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا زان ، ولأنه وطىء في غير ملك عامداً عالماً بالتحريم فإزمه الحد كما لو وطىء جارية غيره . وقال الأوزاعى : كل من سلف من علمائنا يقول عليه أدنى الحدين مائة جلدة ، ومنع بعض الفقهاء ثبوت الملك في الغنيمة وقال إنما يثبت بالأخبار ، بدليل أن أحدهم لو قال أسقطت حتى سقط ولو ثبت ملكه لم يزل بذلك كالوارث ولنا أن له فيها شبهة الملك فلم يجب عليه الحد كوطء الجارية المشتركة ، والآية مخصوصة بوطء الجارية المشتركة وجارية ابنه فنقيس عليه ، وهذا ومنع الملك لا يصلح لأن ملك الكفار قد زال ولا يزول إلا إلى مالك ، ولأنه تصح قسمته ويملك الغانمون طلب قسمتها فأشبهت مال الوارث ، إنما كثر الغانمون فقل نصيب الواطىء . ولم يستقر في شيء بعينه وكان للامام تعيين نصيب كل واحد بغير اختياره فلذلك جاز أن يسقط بالاسقاط بخلاف الميراث وضعف الملك لا يخرج عنه كونه شبهة في الحد الذى يدراً بالشبهات ، ولهذا يسقط الحد بأدنى شيء ، وان لم يكن حقيقة الملك فهو شبهة . إذا ثبت هذا فانه يعزر ولا يبلغ بالتعزير الحد على ما أسلفناه ويؤخذ منه مهر مثلها فيطرح في المقسم ، وبهذا قال الشافعى

وقال القاضي . انه يسقط عنه من المهر قدر حصته منها ويجب عليه بقيته كما لو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره ، وليس بصحيح لأننا اذا أسقطنا عنه حصته وأخذنا الباقي فطرحناه في المغنم ثم قسمناه على الجميع وهو فيهم عاد اليه سهم من حصته غيره ، ولان قدر حصته قد لا تمكن معرفته لقلة المهر وكثرة الغانمين ثم إذا أخذناه فان قسمناه مفرداً على من سواه لم يمكن ، وان خلطناه ببقية الغنيمة ثم قسمناه على الجميع أخذ سهمها مما ليس له فيه حق .

إذا ثبت هذا فان ولدت منه فالولد حر يلحقه نسبه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : هو رقيق لا يلحقه نسبه لأن الغانمين إنما يملكون بالقسمة ، وقد صادف وطؤه غير ملكه .

ولنا انه وطئ سقط فيه الحد بشبهة الملك فيلحق فيه النسب كوطئ جارية ابنه وما ذكره غير مسلم ثم يبطل بوطئ جارية ابنه ، ويفارق الزنا فانه يوجب الحد وإذا ثبت هذا فان الامة تصير أم ولد له في الحال .

وقال الشافعي : لا تصير أم ولد في الحال لأنها ليست ملكاً له فاذا ملكها بعد ذلك فهل تصير أم ولد ؟ فيها قولان

ولنا أنه وطئ يلحق به النسب لشبهة الملك فتصير به أم ولد كوطئ جارية ابنه ويبطل ما ذكره بجارية الابن ولا نسلم ما ذكره فانا قد بينا ان الملك يثبت في الغنيمة بمجرد الاغتنام وعليه قيمتها تطرح في المغنم لانه فوتها عليهم وأخرجها من الغنيمة بفعله فلزمته قيمتها كما لو قتلها ، فان كان معسراً كان في ذمته قيمتها . وقال القاضي . اذا كان معسراً حسب قدر حصته من الغنيمة فصارت أم ولد باقيا رقيق للغانمين ، لأن كونها أم ولد إنما يثبت بالسراية في ملك غيره فلم يسر في حق المعسر كالاعتاق

ولنا أنه استيلاء جعل بعضها أم ولد فيجعل جميعها أم ولد كاستيلاء جارية الابن ، وفارق العتق لان الاستيلاء أقوى لكونه فعلاً وينفذ من المجنون ، فأما قيمة الولد فقال أبو بكر فيها روايتان :

إحدهما : تلزمه قيمته حين وضعه تطرح في المغنم لأنه فوت رقه فأشبهه ولد المغرور .

والثانية . لا تلزمه لأنه ملكها حين عقلت ولم يثبت ملك الغائبين في الولد بحال فأشبه ولد الأب من جارية ابنه إذا وطئها ولأنه يعتق حين علوقه ولا قيمة له حينئذ وقال القاضي إذا صار نصفها أم ولد يكون الولد كله حراً وعليه قيمة نصفه (فصل) إذا كان في الغنيمة من يعتق على بعض الغائبين نظرت فإن كان رجلاً لم يعتق لأن العباس عم النبي صلى الله عليه وسلم وعم علي ، وعقيلاً أخاً على كانوا في أسرى بدر فلم يعتقا عليهما ولأن الرجل لا يصير رقيقاً بنفسه ، وإن استرق أو كان الأسير امرأة أو صبياً عتق عليه قدر نصيبه وسرى إلى باقيه إن كان موسراً وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا ملكه منه . وقال الشافعي : لا يعتق منه شيء وهذا مقتضى قول أبي حنيفة لأنه لا يملك بمجرد الاغتنام ، ولو ملك لم يتعين ملكه فيه وإن قسمه وجعله في نصيبه واختار تملكه عتق عليه وإلا فلا ، وإن جعل له بعضه فاختار تملكه عتق عليه وقوم عليه الباقي .

ولنا ما بيناه من أن الملك يثبت للغائبين لكون الاستيلاء التام وجد منهم وهو سبب الملك ولأن ملك الكفار قد زال ولا يزول إلا إلى المسلمين .

(فصل) وإن أعتق بعض الغائبين عبداً من الغنيمة قبل القسمة فإن كان ممن لم يثبت فيه الرق كالرجل قبل استرقاقه لم يعتق لما ذكرناه قبل ، وإن كان رقيقاً كالمرأة والصبي عتق عليه قدر حصته وسرى إلى باقيه إن كان موسراً وعليه قيمة باقيه تطرح في المقسم ، وإن كان معسراً عتق عليه قدر ملكه من الغنيمة لأنه موسر بقدر حصته من الغنيمة فإن كان بقدر حقه من الغنيمة عتق ولم يأخذ شيئاً وإن كان دون حقه أخذ باقي حقه ، وإن كان أكثر من حقه لم يعتق إلا قدر حقه فإن أعتق عبداً ثانياً وفضل من حقه عن الأول شيء عتق بقدره من الثاني وإن لم يفضل شيء لم يعتق من الثاني شيء .

(فصل) ويكره نقل رهوس المشركين من بلد إلى بلد والمثلة بقتلهم وتعذيبهم لما روى سمرة بن جندب قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة ، وعن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إن أعف الناس قتلة أهل الإيمان ، رواهما أبو داود .

وعن شداد بن أوس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، إن الله كتب الإحسان

على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح ، رواه النسائي ،
وعن عبد الله بن عامر أنه قدم على أبي بكر الصديق برأس البطريق فأنكر ذلك
فقال يا خليفة رسول الله فانهم يفعلون ذلك بنا قال فاستناب بفارس والروم ؟
لا يحمل الى رأس وإنما يكفي الكتاب والخبر .

وقال الزهري : لم يحمل الى النبي صلى الله عليه وسلم رأس قط : وحمل الى
أبي بكر رأس فأنكره ، وأول من حملت اليه الروس عبد الله بن الزبير ويكره
رميها في المنجنيق نص عليه أحمد ، وإن فعلوا ذلك لمصلحة جاز لما روينا ، أن
عمر و بن العاص حين حاصر الاسكندرية ظفر أهلها برجل من المسلمين فأخذوا
رأسه فجاء قومه عمر مغضبين فقال لهم عمرو : خذوا رجلا منهم فاقطعوا رأسه
فارموا به اليهم في المنجنيق ففعلوا ذلك ، فرمى أهل الاسكندرية رأس المسلم
الى قومه ، .

(فصل) يجوز قبول هدية الكفار من أهل الحرب لأن النبي (ص) قبل
هدية المقوقس صاحب مصر فإن كان ذلك في حال الغزو فقال أبو الخطاب
ما أهداه المشركون لأنامير الجيش أو لبعض قواده فهو غنيمة لأنه لا يفعل ذلك
إلا خوفاً من المسلمين ، فظاهر هذا أن ما أهدى لأحد الرعية فهو له ، وقال
القاضي هو غنيمة أيضاً وإن كان من دار الحرب الى دار الاسلام فهو لمن أهدى له
سواء كان الامام أو غيره لأن النبي (ص) قبل الهدية ، فكانت له دون غيره
وهذا قول الشافعي ومحمد ، وقال أبو حنيفة هو للمهدي له بكل حال لأنه خص بها
أشبه إذا كان في دار الاسلام وحكي ذلك رواية عن أحمد .

ولنا أنه أخذ ذلك بظهر الجيش أشبه ما لو أخذه قهراً ولأنه إذا أهدى للامام
أو الأمير فالظاهر أنه يدارى عن نفسه به فأشبه ما أخذ منه قهراً ، وأما أن
أهدى لأحد المسلمين فلم يقصد به ذلك في الظاهر لعدم الخوف منه فيكون له
كما لو أهدى اليه في دار الاسلام ، ويحتمل أن ينظر فإن كان بينهما مهادنة قبل
ذلك فله ما أهدى اليه ، وإن تجدد ذلك بالدخول الى دارهم فهو للمسلمين كقولنا
في الهدية الى القاضي .

كتاب الجزية

وهي الوظيفة المأخوذة من الكافر لأقامته بدار الإسلام في كل عام وهي فعلة من جزى يحزى إذا قضى . قال الله تعالى « واثقوا يوماً لا تجزى نفس عن نفس شيئاً ، تقول العرب جزيت ديني إذا قضيته ، والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) .

وأما السنة فما روى المغيرة بن شعبه « أنه قال لجند كسرى يوم نهاوند أمرنا نبينا رسول ربنا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده أو تؤدوا الجزية ، أخرجه البخاري ، وعن بريدة أنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أو صاه بتقوى الله تعالى في خاصة نفسه وبمن معه من المسلمين خيراً وقال له « إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل وكف عنهم فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم » في أخبار كثيرة وأجمع المسلمون على جواز أخذ الجزية في الجملة .

« مسألة ، قال (ولا تقبل الجزية إلا من يهودى أو نصرانى أو مجوسى إذا كانوا مقيمين على ما عاهدوا عليه)

وجملته : أن الذين تقبل منهم الجزية صنفان أهل كتاب ومن له شبهة كتاب فأهل الكتاب اليهود والنصارى ومن دان بدينهم كالسامرة يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى عليه السلام وإنما خالفوهم في فروع دينهم وفرق النصارى من اليعقوبية والنسطورية والملكية والفرنجة والروم والأرمن وغيرهم ممن دان بالانجيل وانتسب إلى عيسى عليه السلام والعمل بشريعته فكاهم من أهل الانجيل ومن عدا هؤلاء من الكفار فليس من أهل الكتاب بدليل قول الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) واختلاف أهل العلم في الصائبين

فروى عن أحمد أنهم جنس من النصارى ، وقال فى موضع آخر بلغنى أنهم يسبتون
فهمؤلاء إذا اسبتوا فهم من اليهود .

وروى عن عمر أنه قال هم يسبتون ، وقال مجاهد هم بين اليهود والنصارى
وقال السدى والربيع هم من أهل الكتاب وتوقف الشافعى فى أمرهم والصحيح
أنه ينظر فيهم فإن كانوا يوافقون أحد أهل الكتابين فى نبيهم وكتابهم فهم منهم
وان خالفوهم فى ذلك فليس هم من أهل الكتاب .

ويروى عنهم أنهم يقولون ان الفلك حى ناطق وأن الكواكب السبعة آله
فإن كانوا كذلك فهم كعبدة الأوثان ، وأما أهل صحف إبراهيم وشيث وزبور
داود فلا تقبل منهم الجزية لأنهم من غير الطائفتين ولأن هذه الصحف لم تكن
فيها شرائع إنما هى مواعظ وأمثال كذلك وصف النبي صلى الله عليه وسلم صحف
إبراهيم وزبور داود فى حديث أبى ذر .

وأما الذين لهم شبهة كتاب فهم المجوس فإنه يروى أنه كان لهم كتاب فرغ
فصار لهم بذلك شبهة أوجببت حقن دماهم وأخذ الجزية منهم ولم يتهموا فى إباحة
نكاح نسائهم ولا ذبائحهم دليل ، هذا قول أكثر أهل العلم ، ونقل عن أبى ثور
أنهم من أهل الكتاب وتحل نسائهم وذبائحهم لما روى عن على رضى الله عنه
أنه قال : أنا أعلم الناس بالمجوس كان لهم علم يعلمونه وكتاب يدرسونه ، وأن
ملكهم سكر فوق على بنته وأخته فاطمة عليه بعض أهل مملكته فلما جاءوا
يقيمون عليه الحد فامتنع منهم ودعى أهل مملكته وقال : أتعلمون ديننا خيراً من
دين آدم وقد أنكح بنده بناته فأنا على دين آدم . قال فتابعه قوم وقاتلوا الذين
يخالفونهم حتى قتلوهم فأصبحوا وقد أسرى بكتابهم ورفع العلم الذى فى صدورهم
فهم أهل كتاب وقد أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر — وأراه قال
وعمر — منهم الجزية ، رواه الشافعى وسعيد وغيرهما ولأن النبي صلى الله عليه
وسلم قال : سنوا بهم سنة أهل الكتاب .

وأنا قول الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا)
والمجوس من غير الطائفتين ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم — سنوا بهم سنة

أهل الكتاب ، يدل على أنهم غيرهم ، وروى البخاري بإسناده عن بجاله (١) أنه قال ولم يكن عمر أخذ الجزية من المجوس حتى حدثه عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر ولو كانوا أهل كتاب لما وقف عمر في أخذ الجزية منهم مع أمر الله تعالى بأخذ الجزية من أهل الكتاب وما ذكروه هو الذي صار لهم به شبهة الكتاب .

وقد قال أبو عبيد : لا أحسب ما روه عن علي في هذا محفوظا ولو كان له أصل لما حرم النبي صلى الله عليه وسلم نسائهم وهو كان أولى بعلم ذلك ، ويجوز أن يصح هذا مع تحريم نسائهم وذبايحهم لأن الكتاب المبيع لذلك هو الكتاب المنزل على إحدى الطائفتين وليس هؤلاء منهم ، ولأن كتابهم رفع فلم ينتهض للإباحة . ويثبت به حقن دماءهم .

وأما قول أبي ثور في حل ذبايحهم ونسائهم فيخالف الإجماع فلا يلتفت إليه ، وقوله عليه السلام : سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، في أخذ الجزية منهم .

إذا ثبت هذا : فإن أخذ الجزية من أهل الكتاب والمجوس ثابت بالإجماع لا نعلم في هذا خلافاً فإن الصحابة رضی الله عنهم أجمعوا على ذلك وعمل به الخلفاء الراشدون ومن بعدهم إلى زمننا هذا من غير تكبر ولا مخالف .

وبه يقول أهل العلم من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر وغيرهم مع دلالة الكتاب على أخذ الجزية من أهل الكتاب ودلالة السنة على أخذ الجزية من المجوس بما روينا من قول المغيرة لأهل فارس امرنا نبينا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده أو تؤدوا الجزية .

وحديث بريدة وعبد الرحمن بن عوف ، وقول النبي (ص) : سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، ولا فرق بين كونهم عجماً أو عرباً ، وبهذا قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر .

(١) هو بجاله بن عبد ، كاتب جزي بن معاوية عم الأخنف روى عنه عمرو ابن دينار وقشير بن عمر بن عوف الأعرابي ، سئل أبو زرعة عن بجاله بن عبد الذي روى عن ابن عباس . قال مكى : ثقة .

وقال أبو يوسف : لا تؤخذ الجزية من العرب لأنهم شرفوا بكونهم من ربهط النبي صلى الله عليه وسلم .

ولنا عموم الآية وأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث خالد بن الوليد إلى دومة الجندل فأخذ أكيدر دومة فصالحه على الجزية وهو من العرب ، رواه أبو داود وأخذ الجزية من نصارى نجران وهم عرب ، وبعث معاذاً إلى اليمن فقال : إنك تأتي قوماً أهل كتاب ، متفق عليه . وأمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً وكانوا عرباً . قال ابن المنذر : ولم يبلغنا أن قوماً من العجم كانوا سكاناً باليمن حيث وجه معاذاً ، ولو كان لكان في أمره أن يأخذ من جميعهم من كل حالم ديناراً دليل على أن العرب تؤخذ منهم الجزية .

وحديث بريدة فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأمر من بعثه على سرية أن يدعو عدوه إلى أداء الجزية . ولم يخص بها عجمياً دون غيره ، وأكثر ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يغزو العرب ، ولأن ذلك إجماع ، فإن عمر رضي الله عنه أراد الجزية من نصارى بنى تغلب فأبوا ذلك وسألوه أن يأخذ منهم مثلاً يأخذ من المسلمين ، فأبى ذلك عليهم حتى لحقوا بالروم ثم صالحهم على ما يأخذ منهم عوضاً عن الجزية فلما أخذ منهم جزية غير أنه على غير صفة جزية غيرهم وما أنكر أخذ الجزية منهم أحد فكان ذلك إجماعاً .

وقد ثبت بالقطع واليقين أن كثيراً من نصارى العرب ويهودهم كانوا في عصر الصحابة في بلاد الاسلام ، ولا يجوز إقرارهم فيها بغير جزية ، فثبت يقيناً أنهم أخذوا الجزية منهم وظاهر كلام الحرقى أنه لا فرق بين من دخل في دينهم قبل تبديل كتابهم أو بعده ولا بين أن يكون ابن كتابيين أو ابن وثنيين أو ابن كتابي ووثني .

وقال أبو الخطاب : من دخل في دينهم بعد تبديل كتابهم لم تقبل منه الجزية ومن ولد بين أبوين أحدهما تقبل منه الجزية والآخر لا تقبل منه فهل تقبل منه؟ على وجهين ، وهذا مذهب الشافعي

ولنا عموم النص فيهم ، ولأنهم من أهل دين تقبل من أهله الجزية فيقرون بها كغيرهم وإنما تقبل منهم الجزية إذا كانوا مقيمين على ما عاهدوا عليه من بذل

الجزية والتزام أحكام الملة ، لأن الله تعالى أمر بقتالهم حتى يعطوا الجزية ، أى يلتزموا أداءها فما لم يوجد ذلك يبقوا على إباحة دمايتهم وأموالهم

(فصل) ولا يجوز عقد الذمة المؤبدة إلا بشرطين :

أحدهما : أن يلتزموا إعطاء الجزية فى كل حول .

والثانى التزام أحكام الاسلام ، وهو قبول ما يحكم به عليهم من أداء حق أو ترك محرم لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث بريدة : فادعهم الى أداء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، ولا تعتبر حقيقة الاعطاء ولا جريان الأحكام لأن إعطاء الجزية إنما يكون فى آخر الحول والكف عنهم فى ابتدائه عند البذل ، والمراد بقوله (حتى يعطوا) أى يلتزموا الاعطاء ويجيبوا الى بذله ، كقول الله تعالى (فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة نخلوا سبيلهم) والمراد به التزام ذلك دون حقيقة ، فإن الزكاة إنما يجب أدائها عند الحول لقوله عليه السلام : لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول ،

مسألة ، قال (ومن سواهم فالاسلام أو القتل)

يعنى من سوى اليهود والنصارى والمجوس لا تقبل منهم الجزية ولا يقرون بها ولا يقبل منهم الا الاسلام فإن لم يسلموا قتلوا ، هذا ظاهر مذهب ائمة وروى عنه الحسن بن ثواب أنها تقبل من جميع الكفار الا عبدة الاوثان من العرب لأن حديث بريدة يدل بعمومه على قبول الجزية من كل كافر الا أنه خرج منه عبدة الاوثان من العرب لتغلظ كفرهم من وجهين :

أحدهما : دينهم

والثانى : كونهم من رسل النبى صلى الله عليه وسلم

وقال الشافعى : لا تقبل الا من أهل الكتاب والمجوس ، لكن فى أهل الكتب غير اليهود والنصارى ، مثل أهل صحف ابراهيم وشيث وزابور داود ومن تمسك بدين آدم وادريس وجهان .

أحدهما يقرون بالجزية لأنهم من أهل الكتاب فأشبهوا اليهود والنصارى .
وقال أبو حنيفة : تقبل من جميع الكفار إلا العرب لأنهم رسل النبي صلى الله عليه
وسلم فلا يقرون على غير دينه وغيرهم يقر بالجزية لأنه يقر بالاسترقاق فأقروا
بالجزية كالمجوس .

وعن مالك أنها تقبل من جميعهم إلا مشركي قريش لأنهم ارتدوا .
وعن الأوزاعي وسعيد بن عبد العزيز أنها تقبل من جميعهم ؛ وهو قول
عبد الرحمن بن يزيد بن جابر لحديث بريدة ، ولأنه كافر فيقر بالجزية كأهل الكتاب
ولنا قول الله تعالى (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وقول النبي (ص)
« أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوها عصموا مني
دماهم وأموالهم إلا بحقها ، وهذا عام خص منه أهل الكتاب بالآية والمجوس
بقول النبي صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة أهل الكتاب فمن عداهم من الكفار
يبقى على قضية العموم ، وقد بينا أن أهل الصحف من غير أهل الكتاب المراد
بالآية فيما تقدم

(فصل) وإذا عقد الذمة لكفار زعموا أنهم من أهل الكتاب ثم تبين أنهم عبدة
الأوثان فالعقد باطل من أصله ، وإن شككنا فيهم لم ينتقض عهدهم بالشك لأن
الأصل صحته ، فإن أقر بعضهم بذلك دون بعض قبل من المقر في نفسه فانتقض
هده وبقي في حق من لم يقر بحاله .

« مسأله ، قال (والمأخوذ منهم الجزية على ثلاث طبقات فيؤخذ من أدونهم
اثنا عشر درهما ومن أوسطهم أربعة وعشرون درهما ومن أبسرهم ثمانية
وأربعون درهما)

الكلام في هذه المسأله في فصلين . أحدهما : في تقدير الجزية .
والثاني : في كمية مقدارها ، فأما الأول ففيه ثلاث روايات
أحدها : أنها مقدرة بمقدار لا يزداد عليه ولا ينقص منه ، وهذا قول أبي حنيفة
والشافعي ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرضها مقدرة بقوله لمعاذ « خذ من كل
حالم ديناراً أو عدله مغافراً ، وفرضها عمر مقدرة بمحض من الصحابة فلم ينكر

فكان إجماعاً . والثانية : أنها غير مقدرة بل يرجع فيها الى اجتهاد الامام في الزيادة والنقصان . قال الاثرم : قيل لابي عبد الله في زاد اليوم فيه وينقص ؟ يعنى الجزية قال نعم . يزداد فيه وينقص على قدر طاقتهم على قدر ما يرى الامام ، وذكر انه زيد عليهم فيما مضى درهمان فجعله خمسين .

قال الخلال : العمل في قول ابي عبد الله على ما رواه الجماعة بانه لا بأس للامام ان يزيد في ذلك وينقص على ما رواه عنه أصحابه عنه في عشرة مواضع فاستقر قوله على ذلك .

وهذا قول الثوري وابي عبيد لان النبي صلى الله عليه وسلم امر معاذاً ان يأخذ من كل حام ديناراً ، وصالح أهل نجران على ألفي حلة ، النصف في صفر والنصف في رجب ، رواهما ابو داود

وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات : على الغنى ثمانية وأربعين درهماً ، وعلى المتوسط أربعة وعشرين درهماً ، وعلى الفقير اثني عشر درهماً ، وصالح بنى تغلب على مثل ما على المسلمين من الزكاة : وهذا يدل على انها الى رأى الامام لولا ذلك لكانت على قدر واحد في جميع هذه المواضع ولم يجوز ان تختلف . قال البخاري : قال ابن عيينة عن ابي نجيح : قلت لمجاهد ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار ؟ قال جعل ذلك من أجل اليسار ، ولانها عوض فلم تقدر كالأجرة .

والرواية الثالثة : ان اقلها مقدر بدينار وأكثرها غير مقدر ، وهو اختيار ابي بكر فتجوز الزيادة ولا يجوز النقصان ، لان عمر زاد على ما فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقص منه ، وروى انه زاد على ثمانية وأربعين فجعلها خمسين الفصل الثاني : اننا اذا قلنا بالرواية الاولى وانها مقدرة فقدرها في حق الموسر ثمانية وأربعون درهماً وفي حق المتوسط أربعة وعشرون وفي حق الفقير اثنا عشر ، وهذا قول ابي حنيفة . وقال مالك هي في حق الغنى أربعون درهماً او أربعة دنانير وفي حق الفقير عشرة دراهم او دينار . وروى ذلك عن عمر .

وقال الشافعي : الواجب دينار في حق كل واحد لحديث معاذ ، ان النبي صلى الله عليه وسلم امره ان يأخذ من كل حام ديناراً ، رواه ابو داود وغيره ،

إلا أن المستحب جعلها على ثلاث طبقات كما ذكرناه لنخرج من الخلاف قالوا وقضاء النبي صلى الله عليه وسلم أولى بالاتباع من غيره .

ولنا حديث عمر رضي الله عنه وهو حديث لا شك في صحته وشهرته بين الصحابة رضي الله عنهم وغيرهم ولم ينكره منكر ولا خلاف فيه وعمل به من بعده من الخلفاء رضي الله عنهم فصار إجماعاً لا يجوز الخطأ عليه وقد وافق الشافعي على استحباب العمل به ، وأما حديث معاذ فلا يخلو من وجهين .

أحدهما أنه فعل ذلك لغلبة الفقر عليهم بدليل قول مجاهد لأن ذلك من أجل اليسار والوجه الثاني أن يكون التقدير غير واجب بل هو موكول إلى اجتهاد الإمام ولأن الجزية وجبت صغاراً أو عقوبة فتختلف باختلاف أحوالهم كالعقوبة في البدن منهم من يقتل ومنهم من يسترق ولا يصح كونها عوضاً عن سكنى الدار لأنها لو كانت كذلك لوجبت على النساء والصبيان والزمنى والمكافيف .

فصل

وحد اليسار في حقهم ما عده الناس غنى في العادة وليس بمقدر لأن التقديرات بابها التوقيف ولا توقيف في هذا فيرجع فيه إلى العادة والعرف .

(فصل) إذا بذلوا الجزية لزم قبولها وحرم قتالهم لقول الله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله — إلى قوله — حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) لجعل إعطاء الجزية غاية لقتالهم ، فمتى بذلوها لم يحز قتالهم ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم فادعهم إلى أداء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، وإن قلنا أن الجزية غير مقدرة إلا أكثر لم يحرم قتالهم حتى يجيبوا إلى بذل مالا يجوز طلب أكثر منه مما يحتمله حالهم .

(فصل) وتجب الجزية في آخر كل حول ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة تجب بأوله وبطالها عقيب العقد وتجب الثانية في أول الحول الثاني لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية) .

ولنا أنه مال يتكرر بتكرر الحول أو يؤخذ في آخر كل حول فلم يجب بأوله كالزكاة والدية ، وأما الآية فالمراد بها التزام إعطائها دون نفس الاعطاء ولهذا يحرم قتالهم بمجرد بذلها قبل أخذها .

(فصل) وثوخذ الجزية عما يسر من أموالهم ولا يتعين أخذها من ذهب ولا فضة نص عليه أحمد : وهو قول الشافعي وأبي عبيد وغيرهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذاً إلى اليمن أمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً أو عدله مغافراً ، وكان النبي صلى الله عليه وسلم يأخذ من نصارى نجران ألفي حلة : وكان عمر يؤتي بنعم كثيرة يأخذها من الجزية .

وروى عن علي رضي الله عنه أنه كان يأخذ الجزية من كل ذي صنعة من متاعه من صاحب الأبر إبراً ، ومن صاحب المسال مسالاً ، ومن صاحب الحبال حبلاً ثم يدعو الناس فيعطهم الذهب والفضة فيقتسمونه ثم يقول خذوا فاققسموا فيقولون لا حاجة لنا فيه فيقول أخذتم خياره وتركتم شراره لتحملنه . وإذا ثبت هذا فإنه يؤخذ بالقيمة لقوله عليه السلام : أو عدله مغافراً ،

(فصل)

ولا يصح عقد الذمة والهدنة إلا من الامام أو نائبه وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً لأن ذلك يتعلق بنظر الإمام وما يراه من المصلحة ، ولأن عقد الذمة عقد مؤبد فلم يجوز أن يفتات به على الإمام فإن فعله غير الإمام أو نائبه لم يصح لكن إن عقده على مالا يجوز أن يطلب منهم أكثر منه لزم الإمام إجابتهم إليه وعقدها عليه .

(فصل) ويجوز أن يشترط عليهم في عقد الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين لما روى الإمام أحمد بإسناده عن الأحنف بن قيس أن عمر شرط عليهم ضيافة يوم وليلة وأن يصنعوا القناطر وأن قتل رجل من المسلمين بأرضهم فعليهم ديته قال ابن المنذر : وروى عن عمر أنه قضى على أهل الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين ثلاثة أيام وعلف دوابهم وما يصلحهم .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب على نصارى أيلة ثلاثمائة دينار وكانوا ثلاثمائة نفس في كل سنة وأن يضيفوا من يمر بهم من المسلمين ثلاثة أيام ولأن في هذا ضرباً من المصلحة لأنهم ربما امتنعوا من مبايعة المسلمين اضراً بهم فإذا شرطت عليهم الضيافة أمن ذلك وإن لم تشرط الضيافة عليهم لم تجب ، ذكره القاضي ، وهو مذهب الشافعي ، ومن أصحابنا من قال تجب بغير شرط لوجوبها

على المسلمين والاول اصح لانه اداء مال فلم يجب بغير رضاهم كالجزية فان شرطها عليهم فامتنعوا من قبولها لم تعقد لهم الذمة ، وقال الشافعي : لا يجوز قتالهم عليها ولنا انه شرط سائغ امتنعوا من قبوله ففوتوا عليه كالجزية .

(فصل) ذكر القاضى انه اذا شرط الضيافة فانه يبين أيام الضيافة وعدد من يضاف من الرجال والفرسان فيقول تضيفون في كل سنة مائة يوم عشرة من المسلمين من خبز كذا وأدم كذا وللفرس من التبن كذا ومن الشعير كذا فان شرط الضيافة مطلقا صح في الظاهر لان عمر رضى الله عنه شرط عليهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين من غير عدد ولا تقدير .

قال أبو بكر : اذا أطلق مدة الضيافة فالواجب يوم وليلة لان ذلك الواجب على المسلمين ولا يكفون الذبيحة ولا ضيافتهم بأرفع من طعامهم لانه يروى عن عمر انه شكى اليه اهل الذمة ان المسلمين يكفونهم الذبيحة فقال أطعموهم بما تأكلون ، وقال الاوزاعي ولا يكفون الذبيحة ولا الشعير .

وقال القاضى : اذا وقع الشرط مطلقا لم يلزمهم الشعير ، ويحتمل أن يلزمهم ذلك للخيل لان العادة جارية به فهو كالحبز للرجل ، وللمسلمين النزول في الكنائس والبيع فان عمر رضى الله عنه صالح اهل الشام على أن يوسعوا أبواب بيوتهم وكنائسهم لمن يجتاز بهم من المسلمين ليدخلوها ركباناً ، فان لم يجدوا مكانا فلم ينزلوا في الأبنية وفضول المنازل وليس لهم تحويل صاحب المنزل منه ، والسابق الى منزل أحق به ممن يأتى بعده فان امتنع بعضهم من القيام بما شرط عليه أجبر عليه ، فان امتنع الجميع أجبروا ، فان لم يمكن الا بالمقاتلة فقاتلوا ، فان قاتلوا فقد نقضوا العهد .

(فصل) وتقسم الضيافة بينهم على قدر جزيتهن فان جعل الضيافة مكان الجزية جاز لما روى أن عمر رضى الله عنه كتب لراهب من اهل الشام انى ان وليت هذه الارض اسقطت عنك خراجك فلما قدم الجابية وهو امير المؤمنين جاءه بكتابه فعرفه ، وقال انى جعلت لك ما ليس لى ولكن اختر ان شئت اداء الخراج وان شئت ان تضيف المسلمين ، فاختر الضيافة ، وبشرط

عليه ضيافة يبلغ قدرها أقل الجزية إذا قلنا الجزية مقدرة الأقل لثلا ينقص خراجها عن أقل الجزية وذكر أن من الشروط الفاسدة اشتراط الاكتفاء بضيافتهم عن جزيتهم ، لأن الله تعالى أمر بقتالهم بمدوداً الى إعطاء الجزية ، فإذا لم يعطها كان قتالهم مباحاً ، ووجه الأول أن هذا اشتراط مال يبلغ قدر الجزية لحاز كما لو شرط عليهم عدل الجزية مغاfer .

(فصل) وإذا شرط في عقد الذمة شرطاً فاسداً مثل أن يشترط أن لا جزية عليهم أو إظهار المنكر أو إسكانهم الحجاز أو إدخالهم الحرم ونحو هذا ، فقال القاضي يفسد العقد به لأنه شرط فعل محرم فأفسد العقد كما لو شرط قتال المسلمين ويحتمل أن يفسد الشرط وحده ، ويصح العقد بناء على الشروط الفاسدة في البيع والمضاربة .

مسألة ، قال (ولا جزية على صبي ولا زائل العقل ولا امرأة)

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في هذا ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي وأبو ثور ، وقال ابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافتهم ، وقد دل على صحة هذا أن عمر رضي الله عنه كتب الى أمراء الاجناد أن اضربوا الجزية ولا تضربونها على النساء والصبيان ، ولا تضربوها الا على من جرت عليه المواسي رواه سعيد وأبو عبيد والاثرم .

وقول النبي (ص) لما ذهبت خذ من كل عالم ديناراً ، دليل على أنها لا تجب على غير بالغ ، ولأن الدية تؤخذ لحقن الدم وهؤلاء دماؤهم محقونة بدونها .

(فصل) وان بذلت المرأة الجزية أخبرت أنها لا جزية عليها ، فان قالت : فأنا أتبرع بها أو أنا أؤديها قبلت منها ولم تكن جزية بل هبة تلزم بالقبض ، فان شرطته على نفسها ثم رجعت كان لها ذلك وان بذلت الجزية لتصير الى دار الاسلام مكنت من ذلك بغير شيء . ولكن يشترط عليها التزام أحكام الاسلام وتعقد لها الذمة ولا يؤخذ منها شيء الا أن تتبرع به بعد معرفتها أنه لا شيء عليها ، وإن أخذ منها شيء على غير ذلك رد اليها لانها بذلته معتقدة أنه عليها وأن دمها لا يحقن إلا به فأشبهه من أدى مالا الى من يعتقد أنه له فتبين أنه ليس له ، ولو حاصر

المسلمون حصنا ليس فيه الا نساء فبذلن الجزية لتعقد لهن الذمة عقدت لهن
بغير شيء وحرّم استرقاقهن كالتى قبلها سواء .

فان كان فى الحصن معهم رجال فسألوا الصلح لتكون الجزية على النساء
والصبيان دون الرجال لم تصح لأنهم جعلوها على غير من هى عليه وبرءوا من
تجب عليه وان بذلوا جزية عن الرجال ويؤدوا عن النساء والصبيان من أموالهم
جاز وكان ذلك زيادة فى جزيتهم ، وان كان من أموال النساء والصبيان لم يجز
لأنهم يحملون الجزية على من لا تلزمه ، فان كان القدر الذى بذلوه من أموالهم
ما يجزىء فى الجزية أخذ منهم وسقط الباقي .

فصل

ومن بلغ من أولاد أهل الذمة أو أفاق من بجانبهم فهو من أهلها بالعقد الاول
لا يحتاج الى استئناف عقد له .

وقال القاضى فى موضع هو مخير بين التزام العقد وبين أن يرد الى مأمنه ،
فان اختار الذمة عقدت له والا ألحق بمأمنه ، وهو قول الشافعى .

ولما أنه لم يأت عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن احد من خلفائه تجديد
العقد لهؤلاء ، ولان العقد يكون مع سادتهم فيدخل فيه سائرهم ولأنه عقد عهد
مع الكفار فلم يحتاج الى استئنافه لذلك كالمهدنه ، ولأن الصغار والمجانين دخلوا
فى العقد فلم يحتاج الى تجديده لهم عند تغير احوالهم كغيرهم ، ولأنه عقد دخلوا فيه
فيلزمهم بعد البلوغ والافاقه كالا سلام .

إذا ثبت هذا : فان كان البلوغ والافاقه فى اول حول قومه اخذ منه فى آخره
معههم ، وان كان فى اثناء الحول اخذ منه عند تمام الحول بقسطه ولم يترك حتى يتم
حوله لئلا يحتاج الى إفراده بحول وضبط حول كل إنسان منهم وربما افضى الى
ان يصير لكل واحد حول منفرداً .

(فصل) ومن كان يحن ويفيق فله ثلاثة احوال .

احدها . ان يكون جنونه غير مضبوط مثل من يفيق ساعه من يوم او ايام
او يصرع ساعه من يوم او ايام فهذا يعتبر حاله بالاغلب لأن مدة الافاقه غير
يمكن مراعاتها لتعذر ضبطها .

والثاني : أن يكون مضبوطاً مثل من يحن يوماً ويفيق يومين أو أقل من ذلك أو أكثر إلا أنه مضبوط فقيه وجهان .

أحدهما : يعتبر الأغلب من حاله ، وهذا مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه يحن ويفيق فيعتبر الأغلب من حاله كالاول

والثاني : تلفق أيام إفاقته لأنه لو كان مفيقاً في الكل وجبت الجزية ، فإذا وجدت الإفاقة في بعض الحول وجب فيما يجب به لو انفرد ، فعلى هذا الوجه في أخذ الجزية وجهان :

أحدهما : أن أيامه تلفق فإذا كملت حولا أخذت منه ، لأن أخذها قبل ذلك أخذ لجزيته قبل كمال الحول فلم يحز كالصحيح .

والثاني : يؤخذ منه في آخر كل حول بقدر ما أفاق منه ، كما لو أفاق في بعض الحول إفاقة مستمرة ، وإن كان يحن ثلث الحول ويفيق ثلثيه أو بالعكس فقيه الوجهان كما ذكرنا ، فإن استوت إفاقته وجنونه ، مثل من يحن يوماً ويفيق يوماً أو يحن نصف الحول ويفيق نصفه عادة لفقت إفاقته لأنه تعذر اعتبار الأغلب لعدمه فتعين الاحتمال الآخر .

الحال الثالث : أن يحن نصف حول ثم يفيق إفاقة مستمرة أو يفيق نصفه ثم يحن جنونا مستمراً فلا جزية عليه في الثاني وعليه في الأول من الجزية بقدر ما أفاق من الحول على ما تقدم شرحه والله أعلم

مسألة ، قال (ولا على فقير)

يعني الفقير العاجز عن أدائها ، وهذا أحد أقوال الشافعي ، وقال في الآخر يجب عليه لقوله عليه السلام : خذ من كل حالم ديناراً ، ولأن دمه غير محقون فلا تسقط عنه الجزية كالأقارب عليه .

ولنا أن عمر رضي الله عنه جعل الجزية على ثلاث طبقات ، جعل أدناها على الفقير المعتمل ، فيدل على أن غير المعتمل لا شيء عليه ، ولأن الله تعالى قال (لا يكلف الله نفساً الا وسعها) ولأن هذا مال يجب بحلول الحول فلا يلزم الفقير

العاجز كالزكاة والعقل : ولأن الخراج ينقسم الى خراج أرض وخراج رهوس ثم ثبت أن خراج الأرض على قدر طاقتها ومالا طاقة له لا شيء عليه كذلك خراج الرووس . وأما الحديث فيتناول الأخذ ممن يمكن الأخذ منه ، ومن لا يمكن الأخذ منه فلا أخذ منه مستحيل فكيف يؤمر به ؟

« مسألة ، قال (ولا شيخ فان ولا زمن ولا أعمى)

هو لا . الثلاثة ومن في مغانم ممن به داء لا يستطيع معه القتال ولا يرجى برؤه لا جزية عليهم ، وهو قول أصحاب الرأي ، وقال الشافعي في أحد قوايه : عليهم الجزية بناء على قتلهم ، وقد سبق قولنا في أنهم لا يقتلون فلا تجب عليهم الجزية كالنساء والصبيان .

« مسألة ، قال (ولا على سيد عبد عن عبده إذا كان السيد مسلما)

لا خلاف في هذا نعله لأنه يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا جزية على العبد » وعن ابن عمر مثله ، ولأن ما لزم العبد إنما يؤديه سيده فيؤدي إيجابه على عبد المسلم الى إيجاب الجزية على مسلم فاما إن كان العبد لكافر فالمنصوص عن أحمد أنه لا جزية عليه أيضا ، وهو قول عامة أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أنه لا جزية على العبد ، وذلك لما ذكر من الحديث ولأنه يحقون الدم فأشبهه النساء والصبيان أو لا مال له فأشبهه الفقير العاجز ، ويحتمل كلام الحرقى إيجاب الجزية عليه يؤديها سيده ، وروى ذلك أيضا عن أحمد ، وروى عن عمر بن الخطاب أنه قال : لا تشتروا رقيق أهل الذمة ولا عما في أيديهم لأنهم أهل خراج يبيع بعضهم بعضا ولا يقرن أحكم بالصغار بعد إذ أنقذه الله منه

قال أحمد : أراد أن يوفر الجزية لأن المسلم إذا اشتراه سقط عنه أداء ما يؤخذ منه والذي يؤدي عنه وعن مملوكه خراج جماجمهم ، وروى عن علي مثل حديث عمر ولأنه ذكر مكاف قوي مكتسب فوجب عليه الجزية كالحر والاول أولى

(فصل)

ومن بعضه حر فقياس المذهب أن عليه من الجزية بقدر ما فيه من الحرية .
حكم يتجرا يختلف بالرق والحرية فيقسم على قدر ما فيه كالارث .

(فصل) ولا جزية على أهل الصوامع من الرهبان ويحتمل وجوبها عليهم
وهذا أحد قولى الشافعى . وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه فرض على رهبان
الديارات الجزية على كل راهب دينارين . ووجه ذلك عموم النصوص ، ولأنه
كافر صحيح قادر على أداء الجزية فأشبهه الشماس
ووجه الأول أنهم محقون بدون الجزية فلم تجب عليهم كالنساء ، وقد ذكرنا
أنه يحرم قتلهم ، والنصوص مخصوصة بالنساء وهؤلاء في معناهن ، ولأنه لا كسب
له فأشبهه الفقير غير المعتمل .

« مسأله ، قال (ومن وجبت عليه الجزية فأسلم قبل أن تؤخذ منه سقطت
عنه الجزية)

وجملته أن الذمى إذا أسلم في أثناء الحول لم تجب عليه الجزية وإن أسلم بعد
الحول سقطت عنه ، وهذا قول مالك والثورى وأبى عبيد وأصحاب الرأى . وقال
الشافعى وأبو ثور وابن المنذر : إن أسلم بعد الحول لم تسقط لأنها دين يستحقه
صاحبه واستحق المطالبة به في حال الكفر فلم يسقط بالاسلام كالخراج وسائر
الديون ، وللشافعى فيما إذا أسلم في أثناء الحول قولان
أحدهما : عليه من الجزية بالقسط كما لو أفاق بعد الحول

ولنا قول الله تعالى (قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف)
وروى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليس على المسلم جزية »
رواه الخلال ، وذكر أن أحمد سئل عنه فقال : ليس يرويه غير جرير . قال أحمد
وقد روى عن عمر أنه قال : إن أخذها في كفه ثم أسلم ردها عليه . وروى عن
النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ينبغي المسلم أن يؤدى الخراج » يعنى الجزية
وروى أن ذميا أسلم فطولب بالجزية وقيل إنما أسلمت تعوذاً ، قال إن في الاسلام
معاذاً ، فرفع الى عمر فقال عمر : إن في الاسلام معاذاً ، وكتب اللا تؤخذ منه

الجزية . رواه ابو عبيد بنحو من هذا المعنى ، ولأن الجزية صغار فلا تؤخذ منه كما لو أسلم قبل الحول ، ولأن الجزية عقوبة تجب بسبب الكفر فيسقطها الاسلام كالقتل ، وبهذا فرق سائر الديون .

(فصل)

وان مات الذمي بعد الحول لم تسقط الجزية عنه في ظاهر كلام أحمد ، ذكره أحمد وهو مذهب الشافعي

وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنها تسقط بالموت . وهو قول أبي حنيفة . ورواه أبو عبيد عن عمر بن عبد العزيز لأنها عقوبة فتسقط بالموت كالحدود ، ولأنها تسقط بالاسلام فتسقط بالموت كما قبل الحول

وانا انه دين وجب عليه في حياته فلم يسقط بموته كديون الأدميين ، والحد يسقط بفوات محله وتعدر استيفائه بخلاف الجزية ، وفارق الاسلام فإنه الاصل والجزية بدل عنه ، فإذا أتى بالاصل استغنى عن البدل كمن وجد الماء لا يحتاج معه الى التيمم بخلاف الموت ، ولأن الاسلام قرينة وطاعة يصلح أن يكون معاذاً من الجزية كما ذكر عمر رضي الله عنه والموت بخلافه

(فصل) ولا تتداخل الجزية بل اذا اجتمعت عليه جزية سنين استوفيت منه كلها ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة تتداخل لأنها عقوبة فتتداخل كالحدود ، ولنا أنها حق مال يجب في آخر كل حول فلم تتداخل كالدية

مسألة ، قال (واذا اعتق لزمته الجزية لما يستقبل ، سواء كان المعتق له مسلماً أو كافراً)

هذا الصحيح عن أحمد رواه عنه جماعة ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز وبه قال سفيان والليث وابن لهيعة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وعن أحمد يقر بغير جزية ، وروى نحو هذا عن الشعبي لأن الولاء شعبة من الرق وهو ثابت عليه ، ووهن الخلال هذه الرواية وقال : هذا قول قديم رجع عنه أحمد والعمل على ما رواه الجماعة ، وعن مالك كقول الجماعة ، وعنه أن كان المعتق له مسلماً فلا جزية عليه لأن عليه الولاء لمسلم فأشبه ما لو كان عليه الرق

ولنا : أنه حر مكاف مؤسر من أهل القنل فلم يقر في دارنا بغير جزية كالحر
الأصلي فإذا ثبت هذا فإن حكمه فيما يستقبل من جزيته حكم من بلغ من صبيانهم
أو أفاق من مجانينهم على ماضى

« مسألة ، قال (ولا تؤخذ الجزية من نصارى بنى تغلب وتؤخذ الزكاة من
أموالهم ومواسيهم وثمرهم مثلى ما يؤخذ من المسلمين) —

بنو تغلب بن وائل من العرب من ربيعة بن نزار ، انتقلوا في الجاهلية إلى
النصرانية فدعاهم عمر إلى بذل الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما
ياخذ بعضكم من بعض باسم الصدقة ، فقال عمر : لا آخذ من مشرك صدقة فلحق
بعضهم بالروم ، فقال النعمان بن زرة : يا أمير المؤمنين ان القوم لهم بأس وشدة
وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تمن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم
الصدقة ، فبعث عمر في طلبهم فردهم وضعف — عليهم من الإبل من كل خمس
شاتين ومن كل ثلاثين بقرة تبيعين ومن كل عشرين ديناراً ديناراً ، ومن كل مائتي
درهم عشرة دراهم وفيما سقت السماء الخمس وفيما سقى بنضح أو غرب أو دولاب
العشر فاستقر ذلك من قول عمر ولم يخالفه أحد من الصحابة فصار إجماعاً ،
وقال به الفقهاء بعد الصحابة ، منهم ابن أبي ليلى والحسن بن صالح وأبو حنيفة
وأبو يوسف والشافعى .

ويروى عن عمر بن عبد العزيز أنه أبى على نصارى بنى تغلب إلا الجزية ،
وقال لا والله إلا الجزية وإلا فقد أذتكم بالحرب والحجة لهذا عموم الآية فيهم
وروى عن علي رضى الله عنه أنه قال لئن تفرغت لبنى تغلب ليكونن لى فيهم
رأى لاقتلن مقاتلتهم ولأسبين ذرارهم فقد نقضوا العهد وبرئت منهم الذمة حين
نصروا أولادهم وذلك أن عمر رضى الله عنه صالحهم على أن لا ينصروا أولادهم
والعمل على الأول لما ذكرنا من الإجماع ، وأما الآية فإن هذا المأخوذ منهم جزية
باسم الصدقة فإن الجزية يجوز أخذها من العروض .

(فصل) قال أصحابنا تؤخذ الصدقة مضاعفة من مال من تؤخذ منه الزكاة لو
كان مسلماً ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي عبيد وذكر أنه قول أهل الحجاز فعلى هذا

تؤخذ من مال نسائهم وصبيانهم ومجانينهم وزمنائهم ومكافئهم وشيوخهم إلا أن أبا حنيفة لا يوجب الزكاة في مال صبي ولا مجنون ، وكذا الواجب على بني تغلب لا يجب في مال صبي ولا مجنون إلا في الأرض خاصة ، وذهب الشافعي إلى أن هذا جزية تؤخذ باسم الصدقة فلا تؤخذ ممن لا جزية عليه كالنساء والصبيان والمجانين قال : وقد روى عن عمر أنه قال هؤلاء حق رضوا بالمعنى وأبو الاسم وقال النعمان بن زوعة : خذ منهم الجزية باسم الصدقة ولأنهم أهل ذمة فكان الواجب عليهم جزية لا صدقة كغيرهم من أهل الذمة ، ولأنه مال يؤخذ من أهل الكتاب لحقن دماءهم ومساكنهم فكان جزية كما لو أخذ باسم الجزية ، يحققه أن الزكاة طهرة وهؤلاء لا طهرة لهم ، فعلى هذا يكون مصرف المأخوذ منهم مصرف النية لا مصرف الصدقات وهذا أقيس .

واحتج أصحابنا بأنهم سألوا عمر أن يأخذ منهم ما يأخذ بعضهم من بعض ، فاجابهم عمر إليه بعد الامتناع منه والذي يأخذه بعضنا من بعض هو الزكاة من كل مال زكوى لأى مسلم كان من صغير وكبير وصحيح ومريض ، كذلك المأخوذ من بني تغلب ، ولأن نساءهم وصبيانهم صينوا عن السبي بهذا الصلح ودخلوا في حكمه لجاز أن يدخلوا في الواجب به كالرجال العقلاء وعلى هذا من كان منهم فقيراً أو له مال غير زكوى كالدير وثياب البذلة وعبيد الخدمة لاشيء عليه ، كما لا يجب ذلك على أهل الزكاة من المسلمين ، ولا تؤخذ عما لم يبلغ نصاباً ، فأما مصرف المأخوذ منهم ، فاختار القاضى أن مصرفه مصرف النية لأنه مأخوذ من مشرك ولأنه جزية مسماة بالصدقة .

وقال أبو الخطاب مصرفه إلى أهل الصدقات لأنه مسمى باسم الصدقة مملوك به - فيمن يؤخذ منه - مسلك الصدقة فيكون مصرفه مصرفها ، والاول أقيس وأصح لأن معنى الشيء أخص به من اسمه ولهذا لو سمي رجل اسداً أو نمراً أو اسوداً أو احمر لم يصر له حكم المسمى بذلك ، ولأن هذا لو كان صدقة على الحقيقة لجاز دفعها إلى فقراء من اخذت منهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم : أعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من اغنيائهم وترد في فقرائهم .

فصل

فإن بذل التغلي أداء الجزية وتحط عنه الصدقة لم يقبل منه لأن الصلح وقع على هذا فلا يغير : ويحتمل أن يقبل منه لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد) وهذا قد أعطى الجزية ، وإن كان بأذل الجزية منهم حرباً قبلت منه الآية وخبر بريدة ادعهم إلى أداء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، ولأنه لم يدخل في صلح الأولين فلم يلزمه حكمه وهو كتابي بأذل للجزية فيحقق بها دمه ، وإن أراد إمام نقض صلحهم وتجديد الجزية عليهم كفعل عمر بن عبد العزيز لم يكن له ذلك لأن عقد الذمة على التأييد وقد عقده معهم عمر بن الخطاب فلم يكن لغيره نقضه ما داموا على العهد .

(فصل) فأما سائر أهل الكتاب من النصارى واليهود العرب وغيرهم فالجزية منهم مقبولة ، ولا يؤخذون بما يؤخذ به نصارى بنى تغلب نصراً أحداً على هذا ، ورواه عن الزهري قال ونذهب إلى أن يأخذ من مواسي بنى تغلب خاصة الصدقة ويضعف عليهم كما فعل عمر رضي الله عنه .

وذكر القاضي وأبو الخطاب أن حكم من تنصر من تنوخ وبهرا أو تهود من كنانة وحير وتمجس من نعيم حكم بنى تغلب سواء ، وذكر ذلك عن الشافعي نص عليه في تنوخ وبهرا لأنهم من العرب فأشبهوا بنى تغلب .

ولنا عموم قوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذاً إلى اليمن فقال خذ من كل عالم ديناراً ، وهم عرب وقبل الجزية من أهل نجران وهم من بنى الحارث بن كعب .

قال الزهري : أول من أعطى الجزية أهل نجران وكانوا نصارى . وأخذ الجزية من الكيدر دومة وهو عربي ، وحكم الجزية ثابت بالكتاب والسنة في كل كتابي عربياً كان أو غير عربي إلا ما خص به بنو تغلب لمصلحة عمر إياهم ففيها عداهم يبقى الحكم على عموم الكتاب وشواهد السنة ولم يكن بين غير بنى تغلب وبين أحد من الأئمة صلح كصلح بنى تغلب فيما بلغنا ولا يصح قياس غير بنى تغلب عليهم لوجوه .

أحدها : أن قياس سائر العرب عليهم يخالف النصوص التي ذكرناها ولا يصح قياس المنصوص عليه على ما تلزم منه مخالفة النص .
والثاني : أن العلة في بني تغلب الصلح ولم يوجد الصلح مع غيرهم ولا يصح القياس مع تخلف العلة .

الثالث : أن بني تغلب كانوا ذوى قوة وشوكة لحقوا بالروم وخيف منهم الضرر ان لم يصلحوا ولم يوجد هذا في غيرهم فإن وجد هذا في غيرهم فامتنعوا من أداء الجزية وخيف الضرر بترك مصالحتهم فرأى الإمام مصالحتهم على أداء الجزية باسم الصدقة جاز ذلك إذا كان المأخوذ منهم بقدر ما يجب عليهم من الجزية أو زيادة .

قال علي بن سعيد : سمعت أحمد يقول أهل الكتاب ليس عليهم في مواشيهم صدقة ولا في أموالهم إنما تؤخذ منهم الجزية إلا أن يكونوا صلحوا على أن تؤخذ منهم كما صنع عمر في نصارى بني تغلب حين أضعف عليهم الصدقة في صلاحه إياهم ، وذكر هذا أبو إسحاق صاحب المذهب في كتابه والحجة في هذا قصة بني تغلب وقياسهم عليهم إذا كانوا في معنائهم أما قياس من لم يصلح عليهم في جعل جزيتهم صدقة فلا يصح والله أعلم .

(فصل)

وإذا اتجر نصراني تغلبى فر بالعاشر فقال أحمد يؤخذ منه العشر ضعف ما يؤخذ من أهل الذمة ، وروى بإسناده عن زياد بن حدير أن عمر بعثه مصدقا فأمر أن يأخذ من نصارى بني تغلب العشر ومن نصارى أهل الكتاب نصف العشر ، ورواه أبو عبيد .

وقال حديث داود بن كردوس والنعمان بن زرعه هو الذى عليه العمل أن يكون عليهم الضعف ما على المسلمين ألا تسمعه يقول من كل عشرين درهما درهما ؟ وإنما يؤخذ من المسلمين إذا مروا بأموالهم ربع العشر من كل أربعين درهما درهم فذاك ضعف هذا ، وهذا ظاهر كلام الحرقى لقوله : مثلاً ما يؤخذ من المسلمين ، وهو أقيس فإن الواجب في سائر أموالهم ضعف ما على المسلمين لا ضعف ما على أهل الذمة .

« مسأله » ، قال (ولا تؤكل ذبائحهم ولا تنكح نساؤهم في إحدى الروايتين
عن أبي عبد الله رحمه الله ، والرواية الأخرى تؤكل ذبائحهم وتنكح نساؤهم)

اختلفت الرواية عن أبي عبد الله في أكل ذبائحهم ونكاح نساؤهم فعنه لا يحل
ذلك وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومذهب الشافعي ولم يبع الشافعي
ذبائح العرب من أهل الكتاب كهم وكره ذبائح بني تغلب عطاء وسعيد بن جبير
ومحمد بن علي والنخعي

وقال علي رضي الله عنه إنهم لم يتمسكوا من دينهم إلا بشرب الخمر ولأنه
يحمل أنهم دخلوا في دين الكفر بعد التبديل فلم يحل ذلك منهم .

والرواية الثانية : يحل ذبائحهم ونساؤهم وهذا الصحيح عن أحمد رواه عنه
الجماعة وكان آخر الروايتين عنه ، قال إبراهيم بن الحارث فكان آخر قوله علي أنه
لا يرى بذبائحهم بأسا ، وهذا قول ابن عباس ، وروى نحوه عن عمر بن الخطاب
رضي الله عنه وبه قال الحسن والنخعي والشعبي والزهري وعطاء الخراساني والحكم
وحامد واسحاق وأصحاب الرأي

قال الأثرم وما علمت أحداً كرهه من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم إلا
عليه وذلك لدخولهم في عموم قوله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم
وطعامكم حل لهم والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولأنهم أهل
كتاب يقرون على دينهم يبذل المال فتحل ذبائحهم ونساؤهم كبنى إسرائيل .

« مسأله » قال (ومن يجز من أهل الذمة إلى غير بلده أخذ منه نصف العشر في السنة)
اشتهر هذا عن عمر رضي الله عنه وصحت الرواية عنه به ، وقال الشافعي ليس
عليه إلا الجزية إلا أن يدخل أرض الحجاز فينظر في حاله ، فإن كان لرسالة أو
نقل ميرة أذن له بغير شيء ، وإن كان لتجارة لا حاجة بأهل الحجاز إليها لم يأذن
له إلا أن يشترط عليه عوضا بحسب ما يراه والأولى أن يشترط نصف العشر لأن
عمر شرط نصف العشر على من دخل الحجاز من أهل الذمة

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس على المسلمين عشور إنما العشور
على اليهود والنصارى » رواه أبو داود وروى الإمام أحمد عن سفيان عن هشام

عن أنس بن سيرين قال : بعثنى أنس بن مالك إلى العشور فقلت : تبعثنى إلى العشور من بين عمالك ؟ قال : أما ترضى أن أجعلك على ما جعلنى عليه عمر ابن الخطاب رضى الله عنه ؟ أمرنى أن آخذ من المسلمين ربع العشر ومن أهل الذمة نصف العشر . وهذا كان بالعراق

وروى أبو عبيد في كتاب الأموال بإسناده عن لاحق بن حميد أن عمر بعث عثمان بن حنيف إلى الكوفة فجعل على أهل الذمة في أموالهم التي يختلفون فيها في كل عشرين درهما درهما ، وقد ذكرنا حديث زياد بن حدير أن عمر أمره أن يأخذ من نصارى بني تغلب العشر ومن نصارى أهل الكتاب نصف العشر وهذا كان بالعراق ، واشتهرت هذه القصص ولم تنكر فكانت إجماعا ، وعمل به الخلفاء بعده ولم يأت تخصيص الحجاز بنصف العشر في شيء من الأحاديث علمناه لا عن عمر ولا عن غيره من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم بل ظاهر أحاديثهم أن ذلك في غير الحجاز وما وجب من المال في الحجاز وجب في غيره كالديون والصدقات .

(فصل / ولا تؤخذ منهم في السنة إلا مرة نص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه ، وقال كذا روى عن إبراهيم النخعي عن عمر حين كتب ألا يأخذ في السنة إلا مرة . أن يأخذ من الذمى نصف العشر ، وهذا قول الشافعي في الداخلين أرض الحجاز .

وروى الإمام أحمد بإسناده قال : جاء رجل نصراني إلى عمر فقال : ان عاملك عشرين في السنة مرتين ، قال ومن أنت ؟ قال أنا الشيخ النصراني ؛ قال عمر وأنا الشيخ الحنيف . ثم كتب إلى عامله أن لا تعشروا في السنة إلا مرة ، ولأن الجزية والزكاة إنما تؤخذ في السنة مرة واحدة فكذلك هذا . إذا ثبت هذا فإنه متى أخذ منهم ذلك مرة كتب لهم حجة بأدائهم لتسكون وثيقة لهم وحجة على من يرون عليه فلا يعشروهم ثانية ، فإن مر ثانية بأكثر من المال الذي أخذ منه أخذ من الزيادة لأنها لم تعشر .

(فصل) ولا يؤخذ منهم من غير مال التجارة ، فلو مر بالعاشر منهم منتقل

ومعه أمواله أو سائمه لم يؤخذ منه شيء نص عليه أحمد ، وإن كانت ماشيته للتجارة أخذ منه نصف عشرها ، واختلفت الرواية في القدر الذي يؤخذ منه نصف العشر ، فروى عنه صالح من كل عشرين ديناراً ديناراً ، يعني فإذا نقصت من العشرين فليس عليه شيء لأن ما دون النصاب لا تجب فيه زكاة على مسلم ولا على تغلي فلا يجب فيه على ذي شيء كالذي دون العشرة .

وروى صالح أيضاً أنه قال : إذا مروا بالعشر فإن كانوا أهل الحرب أخذ منهم العشر من العشرة واحداً ، وإن كانوا من أهل الذمة أخذ منهم نصف العشر من كل عشرين ديناراً ديناراً فإذا نقصت فليس عليه شيء ، وإن نقص مال الحرب من عشرة دنانير لم يؤخذ منه شيء ولا يؤخذ منهم إلا مرة واحدة ، المسلم والذمي في ذلك سواء .

وروى عن أحمد : أن في العشرة نصف مثقال وليس فيما دون العشرة شيء نص على هذا في روايته أبي الحارث قال : قلت إذا كان مع الذمي عشرة دنانير ؟ قال تأخذ منه نصف دينار ، قلت فإن كان معه أقل من عشرة دنانير ؟ قال إذا نقصت لم يؤخذ منه شيء ، وذلك لأن العشرة مال يبلغ واجبه نصف دينار فوجب فيه كالعشرين في حق المسلم ، أو نقول مال معشور فوجب في العشرة منه كمال الحربى .

وقال ابن حامد : يؤخذ عشر الحربى ونصف عشر الذمي مما قل أو أكثر لأن عمر قال : أخذ من كل عشرين درهماً درهماً ، ولأنه حق عليه فوجب في قليله وكثيره كنصيب المالك في أرضه التي عامله عليها .

ولنا أنه عشر أو نصف عشر وجب بالشرع فاعتبر له نصاب كزكاة الزرع والتمر ، ولأنه حق يتقدر بالحول فاعتبر له النصاب كالزكاة ، وأما قول عمر فالمراد به والله أعلم بيان قدر المأخوذ وأنه نصف العشر ، ومعناه إذا كان معه عشرة دنانير فخذ من كل عشرين درهماً درهماً لأن في صدر الحديث أن عمر بعث مصداقاً وأمره أن يأخذ من المسلمين من كل أربعين درهماً درهماً ومن أهل الذمة من كل عشرين درهماً درهماً ، ومن أهل الحرب من كل عشرة واحداً ، وإنما يؤخذ ذلك من المسلم إذا كان معه نصاب فمكذلك من غيره .

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في العاشر يمر عليه الذي بخمر أو خنزير فقال في موضع قال عمر ولوهم بيعها لا يكون إلا على الآخذ منها .

وروى يأسناده عن سويد بن غفلة في قول عمر ، ولوهم بيع الخمر والخنزير بعشرها . قال أحمد إسناده جيد ، ومن رأى ذلك مسروق والنخعي وأبو حنيفة ، ووافقهم محمد بن الحسن في الخمر خاصة . وذكر القاضي : أن أحمد نص على أنه لا يؤخذ منهم شيء ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو عبيد وأبو ثور ، قال عمر ابن عبد العزيز : الخمر لا يعشرها مسلم .

وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن عتبة بن فرقد بعث إليه بأربعين ألف درهم صدقة الخمر ، فكتب إليه عمر : بعثت إلى بصدقة الخمر وأنت أحق بها من المهاجرين ، فأخبر بذلك الناس وقال : والله لا استعملتك على شيء بعدها قال فتزعه . قال أبو عبيد . ومعنى قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا أتم من الثمن . إن المسلمين كانوا يأخذون من أهل الذمة الخمر والخنزير من جزيتهم ، وخراج أرضهم بقيمتها ثم يتولى المسلمون بيعها فأفكره عمر ثم رخص لهم أن يأخذوا من أثمانها إذا كان أهل الذمة المتولين بيعها . وروى يأسناده عن سويد ابن غفلة أن بلالا قال لعمر : إن عمالك يأخذون الخمر والخنزير في الخراج فقال لا تأخذوها منهم ولكن ولوهم بيعها وخذوا أتم من الثمن

(فصل)

ويجوز أخذ ثمن الخمر والخنزير منهم على جزية ره وسهم وخراج أرضهم احتجاجاً بقول عمر هذا ، ولأنها من أموالهم التي نقرهم على اقتنائها والتصرف فيها لحاز أخذ أثمانها منهم كشيائهم .

(فصل) وإذا مر الذي بالعاشر وعليه دين بقدر ما معه أو ينقص عن النصاب فظاهر كلام أحمد أن ذلك يمنع أخذ نصف العشر منه لأنه حق يعتبر له النصاب والحول فيمنعه الدين كالزكاة ؛ وإن ادعى أن عليه ديناً لم يقبل ذلك إلا بينة من المسلمين لأن الأصل براءة ذمته منه ، وإن مر بجارية فادعى أنها ابنته أو اخته ففيه روايتان : إحداهما يقبل قوله . قال الحلال وهو أشبه القولين لأن الأصل عدم ملكه فيها . والثانية لا يقبل إلا بينة لأنها في يده فأشبهت بهيمة

« مسألة ، قال (واذا دخل اليينا منهم تاجر حربى بأمان أخذ منه العشر)

وقال ابو حنيفة . لا يؤخذ منه شيء إلا أن يكونوا يأخذون منا شيئا فنأخذ منهم مثله لما روى عن ابي مجلز لاحق بن حميد قال : قالوا لعمر كيف تأخذ من أهل الحرب اذا قدموا علينا ؟ قال كيف يأخذون منكم اذا دخلتم اليهم ؟ قالوا العشر . قال فكذلك خذوا منهم .

وعن زياد بن حدير قال : كنا لا نعشر مسلما ولا معاهدا . قال من كنتم تعشرون ؟ قال كفار أهل الحرب فناخذ منهم كما يأخذون منا .

وقال الشافعى : إن دخل اليينا بتجارة لا يحتاج اليها المسلمون لم يأذن له الإمام إلا بعوض يشترطه عليه ومهما شرط جاز ، ويستحب أن يشترط العشر ليوافق فعله فعل عمر رضى الله عنه ، وإن أذن مطلقا من غير شرط فالمذهب انه لا يؤخذ منهم شيء لأنه أمان من غير شرط فلم يستحق به شيء كالمهدنة ، ويحتمل أن يجب العشر لأن عمر أخذه

ولنا ما روينا في المسألة التى قبلها وأن عمر أخذ منهم العشر واشتهر ذلك فيما بين الصحابة وعمل به الخلفاء الراشدون بعده والأئمة بعده فى كل عصر من غير تكبر فأى إجماع يكون أقوى من هذا ؟ ولم ينقل انه شرط ذلك عليهم عند دخولهم ، ولا يثبت ذلك بالتخمين من غير نقل ، ولأن مطلق الامر يحمل على المعهود فى الشرع ، وقد استمر أخذ العشر منهم فى زمن الخلفاء الراشدين فيجب أخذه ، فأما سؤال عمر عما يأخذون منا فأنما كان لانهم سألوه عن كيفية الاخذ ومقداره ، ثم استمر الاخذ من غير سؤال ، ولو تقيد أخذنا منهم بأخذهم منا لوجب أن يسأل عنه فى كل وقت

(فصل) ويؤخذ منهم العشر من كل مال للتجارة فى ظاهر كلام الحرقى ، وقال القاضى : اذا دخلوا فى نقل ميرة بالناس اليها حاجة أذن لهم فى الدخول بغير عشر يؤخذ منهم ، وهذا قول الشافعى لأن دخولهم نفع للمسلمين

ولنا عموم ما روينا وروى صالح عن أبيه عن عبد الرحمن بن مهدى عن مالك عن الزهرى عن سالم عن أبيه عن عمر انه كان يأخذ من النبط من القطنية العشر

ومن الخنطة والزيب نصف العشر ليكثر الحمل الى المدينة وهذا يدل على أنه يخفف عنهم إذا رأى المصلحة فيه وله الترك أيضا إذا رأى المصلحة .

(فصل) ويؤخذ العشر من كل حربي تاجر ونصف العشر من كل ذمي تاجر سواء كان ذكراً أو أنثى أو صغيراً أو كبيراً .

وقال القاضي : ليس على المرأة عشر ولا نصف عشر سواء كانت حرة أو ذمية لكن ان دخلت الحجاز عشرت لأنها ممنوعة من الإقامة به ولا يعرف هذا التفصيل عن أحد ولا يقتضيه مذهبه لأنه يوجب الصدقة في أموال نساء بني تغلب وصبيانهم ؛ وكذلك يوجب العشر أو نصفه في مال النساء وعموم الأحاديث المروية ليس فيها تخصيص للرجال دون النساء وليس هذا بجزية وإنما هو حق يختص بمال التجارة لتوسعه في دار الإسلام وانتفاعه بالتجارة فيها فيستوى فيه الرجل والمرأة كالزكاة في حق المسلمين .

(فصل) ولا يعشرون في السنة الا مرة ولا يؤخذ من أقل من عشرة دنائير نص عليهما أحمد .

وحكى عن أبي عبد الله بن حامد أن الحربي يعشر كلما دخل اليها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأننا لو أخذنا منه مرة واحدة لا نأمن أن يدخلوا فإذا جاء وقت السنة الأخرى لم يدخلوا فتعذر الأخذ منهم .

ولنا أنه حق يؤخذ من التجارة فلا يؤخذ أكثر من مرة في السنة كالزكاة ونصف العشر من الذمي ، وقولهم يفوت غير صحيح فإنه يؤخذ منه أول ما يدخل مرة ويكتب الأخذ له بما أخذ منه فلا يؤخذ منه شيء حتى تمضي تلك السنة فإذا جاء في العام الثاني أخذ منه في أول ما يدخل وإن لم يدخل فمافات من حق السنة الأولى شيء .

(فصل) وليس لأهل الحرب دخول دار الاسلام بغير أمان لأنه لا يؤمن أن يدخل جاسوساً أو متلصصاً فيضر بالمسلمين فإن دخل بغير أمان سئل ، فإن قال جئت رسولا فالقول قوله لأنه تتعذر إقامة البيعة على ذلك ولا تزال الرسل تأتي من غير تقدم أمان .

وإن قال جئت تاجراً نظرتنا فإن كان معه متاع يبيعه قبل قوله أيضاً وحقق دمه لأن العادة جارية بدخول تجارهم إلينا وتجارنا إليهم ، وإن لم تكن معه ما يتجر به لم يقبل قوله لأن التجارة لا تحصل بغير مال ، وكذلك مدعى الرسالة إذا لم يكن معه رسالة يؤدّيها أو كان ممن لا يكون مثله رسول ، وإن قال أمتنى مسلم فهل يقبل منه ؟ على وجهين .

أحدهما : يقبل تغليباً لحقن دمه كما يقبل من الرسول والتاجر .
والثاني : لا يقبل لأن إقامة البينة عليه ممكنة ، فإن قال مسلم أنا أمتنته قبل قوله لأنه يملك أن يؤمنه فقبل قوله فيه كالحاكم إذا قال حكمت لفلان على فلان بحق ، وإن كان جاسوساً خيراً الإمام فيه بين أربعة أشياء كالأسير ، وإن كان ممن دخل الطريق أو حملته الريح إلينا في مركب فقد ذكرنا حكمه .

« مسألة ، قال (ومن نقض العهد بخالفة شيء مما صولحوا عليه حل دمه وماله) »

وجملة ذلك أنه ينبغي للإمام عند عقد الهدنة أن يشترط عليهم شروطاً نحو ما شرطه عمر رضي الله عنه ، وقد رويت عن عمر رضي الله عنه في ذلك أخبار منها ما رواه الحلال بإسناده .

عن إسماعيل بن عياش . قال حدثنا غير واحد من أهل العلم قالوا كتب أهل الجزيرة إلى عبد الرحمن بن غنم أنا حين قدمنا من بلادنا طلبنا إليك الأمان لا نفسنا وأهل ملتنا على أنا شرطنا لك على أنفسنا أن لا نحدث في مدينتنا كنيسة ولا فيها حولها ديراً ولا قلاية ولا صومعة راهب ولا نجد ما خرب من كنائسنا ، ولا ما كان منها في خطط المسلمين ، ولا نمنع كنائسنا من المسلمين أن ينزلوها في الليل والنهار وأن نوسّع أبوابها لليلة وابن السبيل ولا نأوى فيها ولا في منازلنا جاسوساً ولا نكتم أمر من غش المسلمين ولا نضرب نواقيسنا إلا ضرباً خفياً في جوف كنائسنا ولا نظهر عليها صليباً ولا نرفع أصواتنا في الصلاة ولا القراءة في كنائسنا فيها يحضره المسلمون ولا نخرج صليبنا ولا كتابنا في سوق المسلمين ولا نخرج باعوثا ولا شعانين ولا نرفع أصواتنا مع أمواتنا ولا نظهر النيران معهم في أسواق المسلمين ولا نجاورهم بالحنازير ولا نبيع الخمر ولا نظهر شركاً

ولا نرغب في ديننا ولا ندعو اليه أحداً ولا نتخذ شيئاً من الرقيق الذين جرث عليهم سهام المسلمين وألا نمنع أحداً من أقربائنا إذا أراد الدخول في الاسلام وأن نلزم زينا حبشاً كنا وأن لا نتشبه بالمسلمين في لبس قلنسوة ولا عمامة ولا نعلين ولا فرق شعر ولا في مواكبهم ولا نتكلم بكلامهم وأن لا نتكلم بكلامهم وأن نجزم مقامهم رهوسنا ولا نفرق نواصينا ونشد الزناير على أوساطنا ولا ننقش خواتيمنا بالعربية ولا نركب السروج ولا نتخذ شيئاً من السلاح ولا نحمله ولا نتقلد السيوف وأن نوقر المسلمين في مجالسهم ونرشد الطريق ونقوم لهم عن المجالس إذا أرادوا المجالس ولا نطلع عليهم في منازلهم ولا نعلم أولادنا القرآن ولا يشارك أحد منا مسلماً في تجارة إلا أن يكون إلى المسلم أمر التجارة وأن نضيف كل مسلم عابر سبيل ثلاثة أيام ونطعمه من أوسط ما نجد ضمناً ذلك على أنفسنا وذرائبنا وأزواجنا ومساكننا وإن نحن غيرنا أو خالفنا عما شرطنا على أنفسنا وقبلنا الأمان عليه فلا ذمة لنا ، وقد حل لك منا ما يحل لأهل المعاندة والشقاق ، فمكتب بذلك عبد الرحمن بن غنم إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فمكتب لهم عمر أن امض لهم ما سألوه وألحق فيه حرفين اشترط عليهم مع ما شرطوا على أنفسهم أن لا يشترخوا من سبائنا شيئاً ، ومن ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده .

فأنفذ عبد الرحمن بن غنم ذلك وأقر من أقام من الروم في مدائن الشام على هذا الشرط . فهذه جملة شروط عمر رضي الله عنه . فإذا صولحوا عليها ثم نقض بعضهم شيئاً منها فظاهر كلام الخرق أن عهده ينتقض به ، وهو ظاهر ما روينا أنه قال لهم في الكتاب ان نحن خالفنا فقد حل لك منا ما يحل لك من أهل المعاندة والشقاق

وقال عمر ومن ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده ولأنه عقد بشرط فمضى لم يوجد الشرط زال حكم العقد كما لو امتنع من التزام الأحكام ، وذكر القاضي والشريف أبو جعفر أن الشروط قسمان .

أحدهما : ينتقض العهد بخالفته وهو أحد عشر شيئاً ، الامتناع من بذل الجزية وجرى أحكامنا عليهم إذا حكم بها حاكم والاجتماع هلى قتال المسلمين والزنا بسلامة وإصابتها باسم نكاح وفتن مسلم عن دينه وقطع الطريق عليه وقتله وإيواء

جاسوس المشركين والمعاونة على المسلمين بدلالة المشركين على عوراتهم أو مكاتبتهم ، وذكر الله تعالى أو كتابه أو دينه أو رسوله بسوء ، فالخصلتان الأوليان ينتقض العهد بهما بلا خلاف في المذهب ، وهو مذهب الشافعي ، وفي معناهما قتالهم المسلمين منفردين أو مع أهل الحرب لأن إطلاق الأمان يقتضي ذلك فإذا فعلوه نقضوا الأمان لأنهم إذا قاتلونا لزمنا قتالهم وذلك ضد الأمان وسائر الخصال فيها روايتان .

أحدهما : أن العهد ينتقض بها سواء شرط عليهم ذلك أو لم يشترط ، وظاهر مذهب الشافعي قريب من هذا إلا أن ما لم يشترط عليهم لا ينتقض العهد بتركه ما خلا الخصال الثلاث الأولى فإنه يتعين شرطها وينتقض العهد بتركها بكل حال ، وقال أبو حنيفة : لا ينتقض العهد إلا بالامتناع من الامام على وجه لا يتعذر معه أخذ الجزية منهم .

ولنا : مع ما ذكرناه ما روى أن عمر رفع إليه رجل قد أراد استكراه امرأة مسلمة على الزنا فقال ما على هذا صالحناكم وأمر به فصلب في بيت المقدس ، ولأن فيه ضرراً على المسلمين فأشبهه الامتناع من بذل الجزية . وكل موضع قلنا : لا ينتقض عهده فإنه ان فعل ما فيه حد أقيم عليه حده أو قصاصه ، وإن لم يوجب حداً عزراً ويفعل به ما ينكف به أمثاله عن فعله ، فإن أراد أحد منهم فعل ذلك كف عنه ، فإن مانع بالقتال نقض عهده ومن حكمنا بنقض عهده منهم خير الامام فيه بين أربعة أشياء : القتل والاسترقاق والغداء والمن كالاسير الحربي لأنه كافر قدرنا عليه في دارنا بغير عهد ولا عقد ولا شبهة ذلك فأشبهه اللص الحربي ويختص ذلك به دون ذريته لأن النقص إنما وجد منه دونهم فاختص به كما لو أتى ما يوجب حداً أو تعزيراً .

(فصل) أمصار المسلمين على ثلاثة أقسام :

أحدها : ما مصره المسلمون كالبصرة والكوفة وبغداد وواسط فلا يجوز فيه إحداث كنيسة ولا بيعة ولا مجتمع لصلاتهم ، ولا يجوز صلحهم على ذلك بدليل ما روى عن عكرمة قال : قال ابن عباس : أيما مصر مصرته العرب فليس للعجم أن يدينوا فيه بيعة ولا يضربوا فيه ناقوساً ولا يشربوا فيه خمرأ ولا يتخذوا

فيه خنزيرا ، رواه الامام احمد واحتج به ولأن هذا البلد ملك للمسلمين فلا يجوز ان يبنوا فيه مجامع للكفر وما وجد في هذه البلاد من البيع والكنائس مثل كنيسة الروم في بغداد فهذه كانت في قرى اهل الذمة فأقرت على ما كانت عليه .

القسم الثاني : ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز احداث شيء من ذلك فيه لأنها صارت ملكا للمسلمين وما كان فيه من ذلك فقيه وجهان :

احدهما . يجب هدمه وتحرم تبقيته لأنها بلاد مملوكة للمسلمين فلم يحز ان تكون فيها بيعة كالبلاد التي اختطها المسلمون .

والثاني : يجوز لأن في حديث ابن عباس ، ايا مصر مصرته المعجم ففتحها الله على العرب فنزلوه فإن للمعجم ما في عهدهم ، ولأن الصحابة رضی الله عنهم فتحوا كثيرا من البلاد عنوة فلم يهدموا شيئا من الكنائس ويشهد لصحة هذا وجود الكنائس والبيع في البلاد التي فتحت عنوة ، ومعلوم انها ما احدثت فيلزم ان تكون موجودة فأبقيت ، وقد كتب عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه الى عماله ان لا يهدموا بيعة ولا كنيسة ولا بيت نار ، ولأن الاجماع قد حصل على ذلك فانها موجودة في بلاد المسلمين من غير تكير .

القسم الثالث : ما فتح صلحا وهو نوعان .

احدهما : ان يصلحهم على ان الارض لهم . ولنا الخراج عنها فلم يحدث ما يحتاجون فيها لان الدار لهم .

والثاني . ان يصلحهم على ان الدار للمسلمين ويؤدون الجزية اليها فالحكم في البيع والكنائس على ما يقع عليه الصلح معهم من احداث ذلك وعمارته لأنه اذا جاز ان يقع الصلح معهم على ان الكل لهم جاز ، ان يصلحوا على ان يكون بعض البلاد لهم ويكون موضع الكنائس والبيع معنا ، والاولى ان يصلحهم على ما يصلحهم عليه عمر رضي الله عنه ، ويشترط عليهم الشروط المذكورة في كتاب عبدالرحمن ابن غنم ، ان لا يحدثوا بيعة ولا كنيسة ولا صومعة راهب ولا قلاية ، وان وقع الصلح مطلقا من غير شرط حمل ما وقع عليه صلح عمر وأخذوا بشروطه ، فأما الذين يصلحهم عمر وعقد معهم الذمة فهم على ما في كتاب عبدالرحمن بن غنم

ماخوذون بشروطه كلها وما وجد في بلاد المسلمين من الكنائس والبيع فهي على ما كانت عليه في زمن فاتحيها ومن بعدهم

وكل موضع قلنا يجوز إقرارها لم يحز هدمها ولهم رم ما تشعث منها وإصلاحها لأن المنع من ذلك يفضي إلى خرابها وذهابها فجري مجرى هدمها ، وإن وقعت كلها لم يحز بناؤها وهو قول بعض أصحاب الشافعي

وعن أحمد أنه يجوز ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه بناء لما استهدم فأشبه بناء بعضها إذا انهدم ورم شعثها ولأن استدامتها جائزة وبنائها كاستدامتها وحمل الحلال قول أحمد : لهم أن يبنوا ما انهدم منها أي إذا انهدم بعضها ومنعه من بناء ما انهدم على ما إذا انهدمت كلها فجمع بين الروايتين .

ولنا أن في كتاب أهل الجزيرة لعباض^(١) بن غنم ولا تجدد ما خرب من كنائسنا وروى كثير ابن مرة قال سمعت عمر بن الخطاب يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تبنى الكنيسة في الاسلام ولا يجدد ما خرب منها ، ولأن هذا بناء كنيسة في دار الاسلام فلم يحز كماله ابتدء ببنائها وفارق رم شعثها فإنه ابقاء واستدامة وهذا احداث .

(فصل) ومن استحدث من أهل الذمة بناء لم يحز له منعه حتى يكون أطول من بناء المسلمين المجاورين له لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الاسلام يعلو ولا يعلى ، ولأن في ذلك رتبة على المسلمين ، وأهل الذمة ممنوعون من ذلك ، ولهذا يمنعون من صدور المجالس ويجتنبون إلى أضيق الطرق ، ولا يمنع من تعلية بنائه على من ليس بجاور له ، لأن علوها إنما يكون ضرراً على المجاور لها دون غيره ، (وفي جواز مساواة المسلمين وجهان)

أحدهما : الجواز لأنه ليس بمستطيل على المسلمين

والثاني : المنع لقوله عليه السلام « الاسلام يعلو ولا يعلى ، ولأنهم ممنوعون من مساواة المسلمين في لباسهم وشعورهم وركوبهم كذلك في بنائهم ، فإن كان للذي دار عالية فملك المسلم داراً إلى جانبها أو بنى المسلم إلى جانب دار ذي داراً دونها

أو اشترى ذمي داراً عالية لمسلم فله سكنى داره ولا يلزمه هدمها لأنه لم يعمل على المسلمين شيئاً ، فإن انهدمت داره العالية ثم جدد بناءها لم يجز له تعليته على بناء المسلمين ، وإن انهدم ما علا منها لم تكن له إعادته وإن تشعث منه شيء ولم ينهدم فله رمه وإصلاحه لأنه ملك استدامته فملك رم شعثه كالكنيسة .

(فصل) ولا يجوز لأحد منهم سكنى الحجاز ، وبهذا قال مالك والشافعي إلا أن مالكاً قال : أرى أن يجلو من أرض العرب كلها لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ،

وروى أبو داود بإسناده عن عمر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب فلا أترك فيها إلا مسلماً ، قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح

وعن ابن عباس قال : أوصى رسول الله صلى الله عليه وسلم بثلاثة أشياء ، قال : أخرجوا المشركين من جزيرة العرب ، وأجيزوا الوفد بنحو ما كنت أجيزهم وسكت عن الثالث ، رواه أبو داود ، وجزيرة العرب ما بين الوادي إلى أقصى اليمن . قاله سعيد بن عبد العزيز

وقال الأصمعي وأبو عبيد : هي من ريف العراق إلى عدن طولا : ومن تهامة وما وراءها إلى أطراف الشام عرضاً . وقال أبو عبيدة هي من حفر أبي موسى إلى اليمن طولا ومن رمل تبرين إلى منقطع السماوة عرضاً .

قال الخليل : إنما قيل لها جزيرة لأن بحر الحبش وبحر فارس والفرات قد أحاطت بها ونسبت إلى العرب لأنها أرضها ومسكنها ومعدنها

وقال أحمد : جزيرة العرب المدينة وما والاها ، يعني أن الممنوع من سكنى الكفار المدينة وما والاها . وهو مكة واليمامة وخيبر والينبع وفدك ومخالبها ، وما والاها ، وهذا قول الشافعي لأنهم لم يجلو من تيماء ولا من اليمن .

وقد روى عن أبي عبيدة بن الجراح أنه قال . أن آخر ما تكلم به النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أخرجوا اليهود من الحجاز ، فأما إخراج أهل نجران منه فلأن النبي صلى الله عليه وسلم صالحهم على ترك الربا فنقضوا عهده ، فكان

جزيرة العرب في تلك الاحاديث أريد بها الحجاز ، وإنما سمي حجازاً لأنه حجز بين تهامة ونجد ولا يمنعون أيضاً من أطراف الحجاز كتباه وفيد ونحوهما ، لأن عمر لم يمنعهم من ذلك

(فصل) ويجوز لهم دخول الحجاز للتجارة لان النصارى كانوا يتجرون إلى المدينة في زمن عمر رضي الله عنه ، وأتاه شيخ بالمدينة فقال أنا الشيخ النصراني وإن عاملك عشرين مرتين ، فقال عمر وأنا الشيخ الحنيف ، وكتب له عمر أن لا يعشروا في السنة الا مرة ولا يأذن لهم في الإقامة أكثر من ثلاثة أيام على ما روى عن عمر رضي الله عنه ثم ينتقل عنه .

وقال القاضي . يقيم أربعة أيام حد ما يتم المسافر الصلاة ، والحكم في دخولهم إلى الحجاز في اعتبار الاذن كالحكم في دخول أهل الحرب دار الاسلام ، وإذا مرض بالحجاز جازت له الإقامة لانه يشق الانتقال على المريض وتجوز الإقامة لمن يمرضه لانه لا يستغنى عنه ، وإن كان له دين على أحد وكان حالاً أجبر غريمه على وقائه فإن تعذر وقاؤه لمطل أو تغيب عنه فينبغي أن يمكس من الإقامة ليستوفي دينه لأن التعدي من غيره وفي اخراجه ذهاب ماله ، وإن كان الدين مؤجلاً لم يمكس من الإقامة وبوكل من يستوفيه له لأن التفريط منه .

وإن دعت الحاجة إلى الإقامة ليبيع بضاعته احتمل أن يجوز لأن في تكليفه تركها أو حملها معه ضياع ماله ، وذلك مما يمنع من الدخول بالبضائع إلى الحجاز فتفوت مصلحتهم وتلحقهم المضرة بانقطاع الجلب عنهم . ويحتمل أن يمنع من الإقامة لأن له من الإقامة بدأ ، فإن أراد الانتمال إلى مكان آخر من الحجاز جاز ويقيم فيه أيضاً ثلاثة أيام أو أربعة على الخلاف فيه . وكذلك إذا انتقل منه إلى مكان آخر جاز ولو حصلت الإقامة في الجميع شهراً . وإذا مات بالحجاز دفن به لانه يشق نقله ، وإذا جازت الإقامة للمريض فدفن الميت أولى

فصل

فأما الحرم فليس لهم دخوله بحال ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لهم دخوله كالحجاز كله ولا يستوطنون به ولهم دخول الكعبة ؛ والمنع من الاستيطان لا يمنع الدخول والتصرف كالحجاز

ولنا قول الله تعالى (إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) والمراد به الحرم بدليل قوله تعالى (وإن خفتن عيلة) يريد ضررا بتأخير الجلب عن الحرم دون المسجد ، ويجوز تسمية الحرم المسجد الحرام ، بدليل قول الله تعالى (سبحانه الذي أسرى بعبد له ليلا من المسجد الحرام إلى المسجد الأقصى) وإنما أسرى به من بيت أم هانئ من خارج المسجد ، ويخالف الحجاز لأن الله تعالى منع منه مع اذنه في الحجاز ، فإن هذه الآية نزلت واليهود بخيبر والمدينة وغيرهما من الحجاز ولم يمنعوا من الإقامة به ، وأول من أجلاهم عمر رضي الله عنه ؛ ولأن الحرم أشرف لتعلق النسك به ويحرم صيده وشجره والمهتجى إليه فلا يقاس غيره عليه

فإن أراد كافر الدخول إليه منع منه فإن كانت معه ميرة أو تجارة خرج إليه من يشتري منه ولم يترك هو يدخل ، وإن كان رسولا إلى امام بالحرم خرج إليه من يسمع رسالته ويبلغها إياه ، فإن قال لا بد لي من لقاء الامام وكانت المصلحة في ذلك خرج إليه الامام ولم يأذن له في الدخول ، فإن دخل الحرم عالما بالمنع عزر وإن دخل جاهلا نهى وهدد ، فإن مرض بالحرم أو مات أخرج ولم يدفن به ، لأن حرمة الحرم أعظم ، ويفارق الحجاز من وجهين

أحدهما : أن دخوله إلى الحرم حرام وإقامته به حرام بخلاف الحجاز والثاني : أن خروجه من الحرم سهل ممكن لقرب الحل منه وخروجه من الحجاز في مرضه صعب ممتنع ، وإن دفن نبش وأخرج إلا أن يصعب إخراجه لنتنه وتقطعه ، وإن صالحهم الامام على دخول الحرم بعوض فالصلح باطل فإن دخلوا إلى الموضع الذي صالحهم عليه لم يرد عليهم العوض لأنهم قد استوفوا ما صالحهم عليه ، وإن وصلوا إلى بعضه أخذ من العوض بقدره ويحتمل أن يرد عليهم بكل حال لأن ما استوفوه لا قيمة له والعقد لم يوجب العوض لكونه باطلا .

(فصل) فأما مساجد الحل فليس لهم دخولها بغير إذن المسلمين لأن عليا رضي الله عنه بصر بمجوسي وهو على المنبر وقد دخل المسجد فنزل وضربه وأخرجه من أبواب كندة ، فإن أذن لهم في دخولها جاز في الصحيح من المذهب

لأن النبي صلى الله عليه وسلم قدم عليه وفد أهل الطائف فأنزلهم من المسجد قبل إسلامهم . وقال سعيد بن المسيب : قد كان أبو سفيان يدخل مسجد المدينة وهو على شركه ، وقدم عمير بن وهب فدخل المسجد النبي صلى الله عليه وسلم فيه ليفتك به فرزقه الله الاسلام .

وفيه رواية أخرى : ليس لهم دخوله بحال ، لأن أبا موسى دخل على عمر ومعه كتاب قد كتب فيه حساب عمله ، فقال له عمر : ادع الذي كتبه ليقرأه . قال إنه لا يدخل المسجد ، قال ولم ؟ قال إنه نصراني ، وفيه دليل على شهرة ذلك بينهم وتقرره عندهم ، ولأن حدث الجنابة والحيض والنفاس يمنع المقام في المسجد لحدث الشرك أولى .

(فصل) والمأخوذ في أحكام الذمة ينقسم خمسة أقسام . أحدها : ما لا يتم العقد إلا بذكره وهو شيان : التزام الجزية وجريان أحكامنا عليهم ، فإن أحل بذكر واحد منها لم يصح العقد ، وفي معنهما ترك قتال المسلمين ، فإنه وإن لم يذكر لفضله فذكر المعاهدة يقتضيه .

القسم الثاني : ما فيه ضرر على المسلمين في أنفسهم ، وهو ثمانية خصال ذكرناها فيما تقدم .

القسم الثالث : ما فيه غضاظة على المسلمين ، وهو ذكر ربهم أو كتابهم أو دينهم أو رسولهم بسوء .

القسم الرابع : ما فيه إظهار منكر وهو خمسة أشياء : إحداث البيع والكنائس ونحوها ورفع أصواتهم بكتبهم بين المسلمين وإظهار الخمر والتحذير والضرب بالنواقيس وتعلية البنيان على أبنية المسلمين والاقامة بالحجاز ودخول الحرم فيلزمهم الكف عنه سواء شرط عليهم أو لم بشرط في جميع ما في هذه الأقسام الثلاثة .

القسم الخامس : التمييز على المسلمين في أربعة أشياء لباسهم وشعورهم وركوبهم وكنائهم ، أما لباسهم فهو أن يلبسوا ثوبا يخالف لونه لون سائر الثياب فعادة اليهود العسلي وعادة النصارى الاديكن وهو الفاختي ، ويكون هذا في ثوب واحد لا في جميعها ليقع الفرق ويضيف الى هذا شد الزنار فوق ثوبه ان كان نصرانيا أو علامة

أخرى إن لم يكن نصرانياً ، كخرقة يجعلها في عمامته أو قلنسوته يخالفه لونها لونها ويختتم في رقبتة خاتم رصاص أو حديد أو جلجل ليفرق بينه وبين المسلمين في الحمام ، ويلبس نساؤهم ثوباً ملوناً وتشد الزنار تحت ثيابها وتختتم في رقبتها ، ولا يمنعون لبس فاخر الثياب ولا العمام ولا الطيلسان لأن التمييز حصل بالغيار والزنار وأما الشعور فإنهم يحذفون مقاديرهم وسهمهم ويجزون شعورهم . ولا يفرقون شعورهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق شعره .

وأما الركوب فلا يركبون الخيل لأن ركوبها عز ولهم ركوب ما سواها ، ولا يركبون السروج ويركبون عرضاً ، رجلاه إلى جانب وظهره إلى آخر ، لما روى الحلال بإسناده أن عمر أمر بجز نواصي أهل الذمة وأن يشدوا المناطق وأن يركبوا الأكفـ بالعرض ؛ ويمنعون تقلد السيوف وحمل السلاح واتخاذها .

وأما الكنى فلا يتكفون بكنى المسلمين كابي القاسم وأبي عبد الله وأبي محمد وأبي بكر وأبي الحسن وشبههم بها ولا يمنعون الكنى بالكنية فإن أحمد قال لطبيب نصراني : يا أبا إسحاق وقال : أليس النبي صلى الله عليه وسلم لما دخل على سعد ابن عباد قال : أما ترى ما يقول أبو الحباب ، وقال لأسقف نجران : أسلم أبا الحارث ، وقال عمر لنصراني يا أبا حسان أسلم تسلم .

(فصل) وإذا عقد معهم الذمة كتب أسماءهم وأسماء آباءهم وعددهم وحلاهم ودينهم فيقول فلان ابن فلان الفلاني طويل أو قصير أو ربعة أسمر أو أبيض أدعج العين أفنى الأنفـ مقرون الحاجبين ونحو هذا من صفاتهم التي يتميز بها كل واحد من الآخر ويجعل لكل عشرة عريفا يراعى من يطلع منهم أو يفوق من جنون ، أو يقدم من غيبة ، أو يسلم أو يموت ، أو يغيب ويجبى جزيتهم فيكون ذلك أحوط لحفظ جزيتهم .

(فصل) وإذا مات الامام أو عزل وولى غيره فإن عرف ما عقد عليه عقد الذمة من كان قبله وكان عقداً صحيحاً أقرهم عليه لأن الخلفاء أقروا عقد عمر ولم يجددوا عقداً سواه ، ولأن عقد الذمة مؤبد ، وإن كان فاسداً رده إلى الصحة وإن لم يعرف فشهد به مسلمان أو كان أمره ظاهراً عمل به وإن أشكل عليه سألهم فإن ادعوا العهد بما يصلح أن يكون جزية قبل قولهم وعمل به وإن شاء

استحلقتهم استظهاراً ، فان بان له بعد ذلك أنهم نقضوا من الشروط عليهم شيئاً رجع بما نقضوا ، وان قالوا كنا تؤدي كذا وكذا جزية وكذا وكذا هدية استحلقتهم يمينا واحدة لأن الظاهر فيها يدفعونه أنه جزية ، واختار أبو الخطاب أنه إذا لم يعرف ما عاهدوا عليه استأنف العقد معهم لأن عقد الأول لم يثبت عنده فصار كالمعدوم .

مسألة ، قال (ومن هرب من ذمتنا الى دار الحرب ناقضا للعهد عاد جرياً)

يعني يصير حكمه حكم أهل الحرب سواء كان رجلاً أو امرأة ومتى قدر عليه أبيع منه ما يباح من الحربي من القتل والاسترقاق وأخذ المال ، وان هرب الذي بأهله وذريته أبيع من البالغين منهم ما يباح من أهل الحرب ولم يبيع سبي الذرية لأن النقض إنما وجد من البالغين دون الذرية .

(فصل)

وان نقضت طائفة من أهل الذمة جاز غزوهم وقتلهم ، وان نقض بعضهم دون بعض اختص حكم النقض بالناقض دون غيره ، وان لم ينقضوا لكن خاف النقض منهم لم يحز أن ينبذ اليهم عهدهم لأن عقد الذمة لحقهم بدليل أن الإمام تلزمه اجابتهم اليه بخلاف عقد الأمان والهدنة فإنه لمصلحة المسلمين ، ولأن عقد الذمة أكد لأنه مؤبد وهو مماوضة ولذلك إذا نقض بعض أهل الذمة العهد وسكت بعضهم لم يكن سكوتهم نقضاً وفي عقد الهدنة يكون نقضاً .

(فصل) (واذا عقد الذمة فعليه حمايتهم من المسلمين وأهل الحرب وأهل الذمة لانه ألزم بالعهد حفظهم ، ولهذا قال علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا .

وقال عمر رضي الله عنه في وصيته للخليفة بعده : وأوصيه بأهل ذمة المسلمين خيراً أن يوفي لهم بعهدهم ويحاط من ورائهم .

(فصل) (واذا تحاكم اليها مسلم مع ذي وجب الحكم بينهم لأن علياً حفظ الذي من ظلم المسلم وحفظ المسلم منه وان تحاكم بعضهم مع بعض أو استعدي بعضهم على بعض خير الحاكم بين الحكم بينهم والإعراض عنهم لقول الله تعالى

(فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) فان حكم بينهم لم يحكم الا بحكم الاسلام لقول الله تعالى (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وقال تعالى (وان احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم) .

واذا استعدت المرأة على زوجها في طلاق أو إيلاء فان شاء أعداها وان شاء تركها لقول الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) فان أحضر زوجها حكم عليه بما يحكم على المسلم في مثل ذلك فان كان قد ظاهر منها منعه وطأها حتى يكفر وتكفيره بالاطعام وحده لأنه لا يملك رقبة مسلم ولا يملك شراءها ولا يصح منه الصيام .

(فصل)

ولا يجوز تمكينه من شراء مصحف ولا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا فقه فان فعل فالشراء باطل لان ذلك يتضمن ابتذاله وكره أحمد بيعهم الثياب المكتوب عليها ذكر الله تعالى .

قال مهنا سألت أحمد أبا عبد الله هل تكره للرجل المسلم أن يعلم غلاما مجوسيا شيئا من القرآن ؟ قال : إن أسلم فنعمة وإلا فأكره ان يضع القرآن في غير موضعه قلت فيعلمه أن يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قال : نعم ، وقال الفضل بن زياد : سألت أبا عبد الله عن الرجل يرهن المصحف عند أهل الذمة ؟ قال : لا . نهى النبي صلى الله عليه وسلم ان يسافر بالقرآن إلى أرض العدو مخافة ان يناله العدو .

(فصل) ولا يجوز تصديرهم في المجالس ولا بداعتهم بالاسلام لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تبدأوا اليهود والنصارى بالاسلام واذا لقيتم احدهم في الطريق فاضطروهم الى اضيقتها ، اخرجهم الترمذي ، وقال حديث حسن صحيح .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : انا غادون غدا فلا تبدهم وهم بالاسلام وان سلموا عليكم فقولوا وعليكم ، اخرجهم الامام احمد بإسناده وبإسناده عن أنس انه قال : نهينا او امرنا ان لا نزيد أهل الكتاب على وعليكم .

قال أبو داود : قلت لأبي عبد الله تكره أن يقول الرجل للذي كيف أصبحت ؟ أو كيف حالك ؟ أو كيف أنت ؟ أو نحو هذا ؟ قال : نعم هذا عندي أكثر من السلام .

وقال أبو عبد الله إذا لقيته في الطريق فلا توسع له وذلك لما تقدم من حديث أبي هريرة ، وروى عن ابن عمر أنه مر على رجل فسلم عليه فقبل إنه كافر فقال رد على ما سلمت عليك فرد عليه فقال أكثر الله مالك وولدك ثم التفت إلى أصحابه فقال أكثر للجزية .

وقال يعقوب بن بختان : سألت أبا عبد الله فقلت تعامل اليهود والنصارى فئاتهم في منازلهم وعندهم قوم مسلمون أسلم عليهم ؟ قال : نعم تنوى السلام على المسلمين وسئل عن مصالحة أهل الذمة فكرهه .

(فصل) وما يذكر بعض أهل الذمة من أن الجزية لا تلزمهم وإن معهم كتابا من النبي (ص) بإسقاطها عنهم لا يصح وسئل عن ذلك أبو العباس بن سريج فقال ما نقل ذلك أحد من المسلمين ، وذكر أنهم طولبوا بذلك فأخرجوا كفا ذكروا أنه بخط علي رضي الله عنه كتبه عن رسول الله (ص) كان فيه شهادة سعد بن معاذ ومعاوية وتاريخه بعد موت سعد وقبل إسلام معاوية فاستدل بذلك على بطلانه ولأن قولهم غير مقبول ولم يزو ذلك من يعتمد على روايته .

فصل

قال أبو الخطاب : يتمنون عند أخذ الجزية ويطالب قيامهم وتجرب أيديهم عند أخذها ذهب إلى قوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وقيل الصغار التزامهم الجزية وجريان أحكامنا عليهم ولا يقبل منهم إرسالها بل يحضر الذي بنفسه بها ويؤديها وهو قائم والأخذ جالس ولا يشتط عليهم في أخذها ولا يعذبون إذا أسروا عن أدائها فإن عمر رضي الله عنه دأى بما لكثير ، قال أبو عبيد وأحسبه من الجزية فقال إني لأظنكم قد أهلكم الناس قالوا لا والله ما أخذنا إلا عفووا صفوا قال بلا سوط ولا بوط ، قالوا : نعم ، قال الحمد لله الذي لم يعمل ذلك على يدي ولا في سلطان وقدم عليه سعيد بن عامر بن حذيم فعلاه عمر بالدرة ، فقال سعيد سبق سيالك مطرك إن تعاقب نصير وإن تعف نشكر

وان تستعيب نعتب فقال ما على المسلم الا هذا مالك تبطل. بالخراج قال امرتنا
 أن لا نزيد الفلاحين على أربعة دنائير فلسنا نزيدهم على ذلك ولكن توخرهم الى
 غلاتهم ، قال عمر لا عزلتك ما حيت ، رواهما أبو عبيد وقال إنما وجه التأخير
 الى الغلة الرفق بهم قال ولم نسمع في استيلاء الخراج والجزية وقتاً غير هذا ، واستعمل على
 ابن أبي طالب رجلاً على عكبري فقال له على رؤوس الناس لا تدعن لهم درهما
 من الخراج وشدد عليه القول ثم قال القى عند انقضاء النهار فاتاه فقال انى كنت
 امرتك بأمر وانى أتقدم اليك الآن فإن عصيتنى نزعتك لا تبيعن لهم فى خراجهم
حاراً ولا بقره ولا كسوة شتاء ولا صيف وارفق بهم وافعل بهم .

(فصل)

قال أحمد فى الرجل له المرأة النصرانية : لا يأذن لها أن تخرج الى عيد أو
 تذهب الى بيعة وله أن يمنعها ذلك ، وكذلك فى الأمة قيل له أنه أن يمنعها شرب
 الخمر ؟ قال بأمرها فإن لم تقبل فليس له منعها ، قيل له فإن طلبت منه أن يشتري
 لها زناراً ؟ قال لا يشتري لها زناراً تخرج هى تشتري لنفسها ، وسئل عن الذى
 يعامل بالربا ويبيع الخمر والخنزير ثم يسلم وذلك المال فى يده فقال لا يلزمه أن
 يخرج منه شيئاً لأن ذلك مضى فى حال كفره فأشبه نكاحهم فى الكفر إذا أسلم
 وسئل عن المجوسين يجعلان ولدتهما مسلماً فيموت وهو ابن خمس سنين فقال
 يدفن فى مقابر المسلمين لقول النبى صلى الله عليه وسلم « فأبواه يهودانه وينصرانه
 ويمجسانه » يعنى أن هذين لم يجسأه فيبقى على الفطرة .

وسئل أبو عبد الله عن أولاد المشركين فقال اذهب الى قول النبى صلى الله
 عليه وسلم « الله أعلم بما كانوا عاملين » قال وكان ابن عباس يقول « فأبواه
 يهودانه وينصرانه » حتى سمع — الله أعلم بما كانوا عاملين ، فترك قوله ، وسأله
 ابن الشافعى فقال يا أبا عبد الله ذرارى المشركين أو المسلمين ؟ فقال هذه مسائل
 أهل الزيغ وقال أبو عبد الله سأل بشر بن السرى سفيان الثورى عن أطفال المشركين
 فصاح به وقال يا صبي أنت تسأل عن هذا ؟

قال أحمد : ونحن نمر هذه الأحاديث على ما جاءت ولا نقول شيئاً ، وسئل

عن أطفال المسلمين فقال ليس فيه اختلاف أنهم في الجنة وذكروا له حديث عائشة الذي قالت فيه عصفور من عصافير الجنة قال وهذا حديث ؟ وذكر فيه رجلا ضعفه طلحة ، وسئل عن الرجل يسلم بشرط أن لا يصلي الا صلاتين فقال يصح إسلامه ويؤخذ بالخمس ؟ وقال معني حديث حكيم بن حزام — بايعت النبي صلى الله عليه وسلم على أن لا أخرج الا قائما — أنه لا يركع في الصلاة بل يقرأ ثم يسجد من غير ركوع قال وحديث قتادة عن نصر بن عاصم أن رجلا منهم بايع النبي صلى الله عليه وسلم أدا ، يصلي طرفي النهار .

كتاب الصيد والذبائح

الأصل في إباحة الصيد الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب : فقول الله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) وقال سبحانه (وإذا حللتم فاصطادوا) وقال سبحانه (يسألونك ماذا أحل لهم ؟ قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فبكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه) .
وأما السنة فروى أبو ثعلبة الخشني قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله إنا بأرض صيد أعيد بقوسي وأصيد بكلي المعلم وأصيد بكلي الذي ليس يعلم فأخبرني ماذا يصلح لي ؟ قال : أما ما ذكرت أنكم بأرض صيد فما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل ، وما صدت بكلي المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل ، وما صدت بكلي الذي ليس يعلم فأدركت ذكاته فكل ، وعن عدي بن حاتم قال . قلت يا رسول الله إنا نرسل الكلب المعلم فيمسك علينا قال : كل ، قلت . وإن قتل ؟ قال : كل ما لم يشركه كلب غيره ، قال : وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد المعراض فقال : ما خرق فكل وما قتل بعرضه فلا تأكل ، متفق عليهما ، واجمع أهل العلم على إباحة الاصطياد والاكل من الصيد .

مسألة ، قال (وإذا سمى وأرسل كلبه أو فهده المعلم واصطاد وقتل ولم يأكل منه جاز أكله)

أما ما أدرك ذكاته من الصيد فلا يشترط في إباحته سوى صحة التذكية ولذلك قال عليه السلام : وما صدت بكلبك الذي ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل ، وأما ما قتل الجارح فيشترط في إباحته شروط سبعة .

أحدها : أن يكون الصائد من أهل الذكاة ، فإن كان وثنيا أو مرتداً أو مجوسياً أو من غير المسلمين وأهل الكتاب أو مجنوناً لم يبيع صيده لأن الاصطلياد أقيم مقام الذكاة والجارح آلة كالسكين وعقره للحيوان بمنزلة إفراء الاوداج . قال النبي صلى الله عليه وسلم : فإن أخذ الكلب ذكاته ، والصائد بمنزلة المذكي فتشترط الاهلية فيه .

الشرط الثاني : أن يسمى عند إرسال الجارح ، فإن ترك التسمية عمداً أو سهواً لم يبيع ، هذا تحقيق المذهب ، وهو قول الشعبي وأبي ثور وداود ، ونقل حنبل عن أحمد : أن نسي التسمية على الذبيحة والكلب أبيع ، قال الحلال : سها حنبل في نقله فإن في أول مسأله اذا نسي وقتل لم يأكل ومن أباح متروك التسمية في النسيان دون العمد ابو حنيفة ومالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : عني لا متي عن الخطأ والنسيان ، ولأن إرسال الجارحة جرى مجرى التذكية فعني عن النسيان فيه كالذكاة .

وعن أحمد أن التسمية تشترط على إرسال الكلب في العمد والنسيان ولا يلزم ذلك في إرسال السهم اليه حقيقة وليس له اختيار فهو بمنزلة السكين بخلاف الحيوان فإنه يفعل باختياره .

وقال الشافعي : يباح متروك التسمية عمداً أو سهواً ، لأن البراء روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المسلم يذبح على اسم الله سمي أو لم يسم - وعن أبي هريرة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل فليل أرايت الرجل منا يذبح وينسى أن يسمى الله ، فقال اسم الله في قلب كل مسلم ، وعن أحمد رواية أخرى مثل هذا .

ولنا قوله تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) وقال (فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : اذا أرسلت كلبك وسميت فكل قلت : أرسل كلبي فاخذ معه كلباً آخر ؟ قال : لا تأكل فانك انما

سميت على كلبك ولم تسم على الآخر ، متفق عليه ، وفي لفظ ، واذا خالط كلابا لم يذكر اسم الله عليها فأمسكن وقتلن فلا تأكل ، وفي حديث أبي ثعلبة ، وما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل ، وهذه نصوص صحيحة لا يخرج على ما خالفها وقوله ، عني لأمتي عن الخطأ والنسيان ، يقتضي نفي الاسم لا جعل الشرط المعدوم كالموجود بدليل ما لو نسي شرط الصلاة ، والفرق بين الصيد والذبيحة ان الذبح وقع في محله فجاز ان يتسامح فيه بخلاف الصيد . فأما أحاديث أصحاب الشافعي فلم يذكرها أصحاب السنن المشهورة ، وان صحت فهي في الذبيحة ولا يصح قياس الصيد عليها لما ذكرنا مع ما في الصيد من النصوص الخاصة .

إذا ثبت هذا فالتسمية المعتبرة قوله ، بسم الله ، لان اطلاق التسمية ينصرف الى ذلك ، وقد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا ذبح قال ، بسم الله والله أكبر ، وكان ابن عمر يقوله ولا خلاف في ان قوله بسم الله يجزئه ؛ وان قال اللهم اغفر لي لم يكف لأن ذلك طلب حاجة ، وان همل أو سبح أو كبر أو حمد الله تعالى احتمل الاجزاء لانه ذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم ، واحتمل المنع لان اطلاق التسمية لا يتناوله

وان ذكر اسم الله تعالى بغير العربية اجزأه وان احسن العربية ، لان المقصود ذكر اسم الله وهو يحصل بجميع اللغات بخلاف التكبير في الصلاة فان المقصود لفظه وتعتبر التسمية عند الارسال لانه الفعل الموجود من المرسل فتعتبر التسمية عنده كما تعتبر عند الذبح وعند ارسال السهم من الرامي ، نص احمد على هذا ، ولا تشرع الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم مع التسمية في ذبح ولا صيد وبه قال الليث ، واختار ابو اسحاق بن شاقلا استحباب ذلك ، وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ، من صلى على مرة صلى الله عليه عشرا ، وجاء في تفسير قوله تعالى (ورفعنا لك ذكرك) لا اذكر الا ذكرت معي

ولنا قوله عليه السلام ، موطنان لا اذكر فيها ، عند الذبيحة والعطاس ، رواه ابو محمد الخلال بإسناده ولانه اذا ذكر غير الله تعالى اشبه المهل لغير الله الشرط الثالث . ان يرسل الجارحة على الصيد فإن استرسلت بنفسها فقتلت لم يبيع ، وبهذا قال ربيعة ومالك والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي . وقال عطاء

والأوزاعي . يؤكل صيده إذا أخرجه للصيد ، وقال إسحاق إذا سمي عند انفلاته أبيح صيده . وروى بإسناده عن ابن عمر أنه سئل عن الكلاب تنقلت من مرايضها فتصيد الصيد قال اذكر اسم الله وكل قال إسحاق فهذا الذي اختار إذا لم يتعمد هو إرساله من غير ذكر اسم الله عليه ، قال الخلال هذا على معنى قول أبي عبد الله ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : إذا أرسلت كلبك وسميت فكل ، ولأن إرسال الجارحة جعل بمنزلة الذبح ولهذا اعتبرت التسمية معه ، وإن أترسل بنفسه فسمى صاحبه وزجره فزاد في عدوه أبيح صيده وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يباح ، وعن عطاء كالمذهبيين

ولنا أن زجره أثر في عدوه فصار كما لو أرسله وذلك لأن فعل الإنسان متى انضاف إلى فعل غيره فالاعتبار بفعل الإنسان بدليل ما لو صال الكلب على إنسان فأغراه إنسان فالضمان على من أغراه ، وإن أرسله بغير تسمية ثم سمي وزجره فزاد في عدوه فظاهر كلام أحمد أنه يباح ، فإنه قال إذا أرسل ثم سمي فانزجر أو أرسل وسمى فالمعنى قريب من السواء ، وظاهر هذا الإباحة لأنه انزجر بتسميته وزجره فأشبهه التي قبلها .

وقال القاضي : لا يباح صيده لأن الحكم يتعلق بالارسال الأول بخلاف ما إذا أترسل بنفسه فإنه لا يتعلق به حظر ولا إباحة .

الشرط الرابع : أن يكون الجارح معلما ولا خلاف في اعتبار هذا الشرط ، لأن الله تعالى قال (وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم) وما تقدم من حديث أبي ثعلبة ، ويعتبر في تعليمه ثلاثة شروط إذا أرسله أترسل وإذا زجره انزجر وإذا أمسك لم يأكل ، ويتكرر هذا منه مرة بعد أخرى حتى يصير معلما في حكم العرف وأقل ذلك ثلاث ، قاله القاضي وهو قول أبي يوسف ومحمد ، ولم يقدر أصحاب الشافعي عدد المرات لأن التقدير بالتوقيف ولا توقيف في هذا بل قدره بما يصير به في العرف معلما .

وحكى عن أبي حنيفة أنه إذا تكرر مرتين صار معلما لأن التكرار يحصل بمرتين ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب : يحصل ذلك مرة ولا يعتبر التكرار لأنه تعلم صنعة فلا يعتبر فيه التكرار كسائر الصنائع

ولنا أن تركه للأكل يحتمل أن يكون لشبع ويحتمل أنه لتعلم فلا يتميز ذلك إلا بالتكرار وما اعتبر فيه التكرار اعتبر ثلاثا كالمسح في الاستجمار وعدد الاقرار والشهود في العدة والغسلات في الوضوء ويفارق الصنائع فإنها لا يتمكّن من فعلها إلا من تعلمها فإذا فعلها علم أنه قد تعلمها وعرفها وترك الأكل ممكن الوجود من المتعلم وغيره ويوجد من الصنفين جميعا فلا يتميز به أحدهما من الآخر حتى يتكرر . وحكى عن ربيعة ومالك أنه لا يعتبر ترك الأكل لما روى أبو ثعلبة الخشني قال ، قال رسول الله (ص) : إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أكل ، ذكره الامام احمد ورواه ابو داود

ولنا أن العادة في المعلم ترك الأكل فاعتبر شرطا كالانزجار إذا زجر ، وحديث أبي ثعلبة معارض بما روى عن عدى بن حاتم أن رسول الله (ص) قال : فإن أكل فلا تأكل فإنني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه ، وهذا أولى بالتقديم لانه متفق عليه ، ولانه متضمن للزيادة وهو ذكر الحكم معللا ، ثم ان حديث أبي ثعلبة محمول على جارحة ثبت تعليمها لقوله : إذا أرسلت كلبك المعلم ، ولا يثبت التعليم حتى يترك الأكل

إذا ثبت هذا فإن الانزجار بالزجر إنما يعتبر بإرساله على الصيد أو رؤيته . أما بعد ذلك فانه لا ينزجر بحال

الشرط الخامس : أن لا يأكل من الصيد ، فإن أكل منه لم يبيح في أصح الروايتين ، ويروى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وبه قال عطاء وطاوس وعبيد ابن عمير والشعبي والنخعي وسويد بن غفلة وأبو بردة وسعيد بن جبيرة وعكرمة والضحاك وقتادة واسحاق وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور

والرواية الثانية يباح ، وروى ذلك عن سعد بن أبي وقاص وسليمان وأبي هريرة وابن عمر حكاه عنهم الامام احمد وبه قال مالك ، وللشافعي قولان كالْمُذْهَبَيْنِ . واحتج من أباحه بعموم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) وحديث أبي ثعلبة ولانه صيد جارح معلم فأبيح كما لو لم يأكل ، فإن الأكل يحتمل أن يكون لفرط جوع أو غيظ على الصيد .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عدى بن حاتم : إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل مما أمسك عليك ، قلت وان قتل ؟ قال : وان قتل إلا أن يأكل السكب ، فإن أكل فلا تأكل فإن أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه ، متفق عليه ، ولأن ما كان شرطا في الصيد الاول كان شرطا في سائر صيوده كالارسال والتعليم .

وأما الآية فلا تتناول هذا الصيد فإنه قال : فكلوا مما أمسكن عليكم) وهذا إنما أمسك على نفسه . وأما حديث أبي ثعلبة فقد قال أحد يختلفون عن هشيم فيه وعلى أن حديثنا أصح لأنه متفق عليه وعدى بن حاتم أضبط وأفظه أبين لأنه ذكر الحكم والعلة .

قال أحمد : حديث الشعبي عن عدى من أصح ما روى عن النبي (ص) ، الشعبي يقول . كان جارى وربطى فخذني والعمل عليه ، ويحتمل أنه أكل منه بعد أن قتله وانصرف عنه ، وإذا ثبت هذا فإنه لا يحرم ما تقدم من صيوده في قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو حنيفة : يحرم لأنه لو كان معلما ما أكل .

ولنا عموم الآية والاختبار وإنما خص منه ما أكل منه فقيا عداه يجب القضاء بالعموم ولأن اجتماع شروط التعليم حاصلة فوجب الحكم به ، ولما حكما بحل صيده فاذا وجد الأكل احتمل أن يكون لنفسان أو لفرط جوعه أو نسي التعليم فلا يترك ما ثبت يقينا بالاحتياط .

(فصل) فإن شرب دمه ولم يأكل منه لم يحرم نص عليه أحمد وبه قال عطاء والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وكرهه الشعبي والثوري لأنه في معنى الأكل .

ولنا عموم الآية والاختبار وإنما خرج منه ما أكل منه بحديث عدى ، فإن أكل منه فلا تأكل ، وهذا لم يأكل ، ولأن الدم لا يقصده الصائد منه ولا ينتفع به فلا يخرج بشربه عن أن يكون ممسكا على صائده .

(فصل) ولا يحرم ما صاده الكلب بعد الصيد الذي أكل منه ويحتمل كلام الحرقى أنه يخرج عن أن يكون معلما فتعتبر له شروط التعليم ابتداء والاول أولى لما ذكرنا في صيده الذي قبل الأكل

الشرط السادس : أن يجرح الصيد فإن خنقه أو قتله بصدمة لم يبيع ، قال الشريف ، وبه قال أكثرهم ، وقال الشافعي في قول له يباح لعموم الآية والخبر ولنا أنه قتله بغير جرح أشبه ما قتله بالحجر والبندق ولأن الله تعالى حرم الموقوذة وهذا كذلك وهذا يخص ما ذكره ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكل » يدل على أنه لا يباح ما لم ينهر الدم .

الشرط السابع . أن يرسله على صيد فإن أرسله وهو لا يرى شيئاً ولا يحس به فأصاب صيداً لم يبيع ، هذا قول أكثر أهل العلم لأنه لم يرسله على الصيد وإنما استرسل بنفسه ، وهكذا إن رمى سهماً إلى غرض فأصاب صيداً أو رمى به إلى فوق رأسه فوقع على صيد فقتله لم يبيع لأنه لم يقصد برمي عينا فأشبهه من نصب سكيناً فاندبحت بها شاة .

فصل

وكل ما يقبل التعليم ويمكن الاصطياد به من سباع البهائم كالقهد أو جوارح الطير لحكمه حكم الكلب في إباحة صيده : قال ابن عباس في قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح) هي الكلاب المعلقة وكل طير تعلم الصيد والفهود والصقور وأشباهاها ؛ وبمعنى هذا قال طاوس ويحيى بن أبي كثير والحسن ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وأبو ثور .

وحكى عن ابن عمر ومجاهد أنه لا يجوز الصيد إلا بالكلب لقول الله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكابن) يعني كلبتم من الكلاب . ولنا ما روى عن عدي قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازي فقال « إذا أمسك عليك فكل » ولأنه جارح يصاد به عادة ويقبل التعليم فأشبه الكلب ، فأما الآية فإن الجوارح الكواصب (ويعلم ما جرحتم بالنهار) أي كسبتم ، وفلان جارحة أهله أي كاسبهم (مكابن) من التكايب وهو الإغراء .

(فصل) وهل يجب غسل أثر فم الكلب من الصيد ؟ فيه وجهان . أحدهما لا يجب لأن الله تعالى ورسوله أمرا بأكله ولم يأمر بغسله ؛ والثاني : يجب لأنه قد ثبتت نجاسته فيجب غسل ما أصابه كبوله .

« مسألة ، قال (وإذا أرسل البازي وما أشبهه فصاد وقتل أكل وان أكل من الصيد لأن تعليمه بأن يأكل)

وجملته : أنه يشترط في الصيد بالبازي ما يشترط في الصيد بالكلب الا ترك الأكل فلا يشترط ويباح صيده وان أكل منه ، وبهذا قال ابن عباس وإليه ذهب النخعي وحماد والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ونص الشافعي على أنه كالكلب في تحريم ما أكل منه من صيده لأن مجالداً روى عن الشعبي عن عدي بن حاتم عن النبي صلى الله عليه وسلم « فإن أكل الكلب والبازي فلا تأكل » ، ولأنه جارح أكل مما صاده عقيب قتله فأشبهه سباع البهائم .

ولنا إجماع الصحابة روى الحلال بإسناده عن ابن عباس قال : إذا أكل الكلب فلا تأكل من الصيد ، وإذا أكل الصقر فكل لأنك تستطيع أن تضرب الكذب ولا تستطيع أن تضرب الصقر ، وقد ذكرنا عن أربعة من الصحابة إباحة ما أكل منه الكلب ، وخالفهم ابن عباس فيه ووافقهم في الصقر ولم ينقل عن أحد في عصرهم خلافهم ولأن جوارح الطير تعلم بالأكل ويتعذر تعليمها بترك الأكل فلم يقدح في تعليمها بخلاف الكلب والفهد ، وأما الخبر فلا يصح يرويه مجالد ، وهو ضعيف .

قال أحمد : مجالد يصير القصة واحدة ، كم من عجوبة لمجالد ، والروايات الصحيحة تخالفه ولا يصح قياس الطير على السباع لما بينهما من الفرق ، فإذا ثبت هذا فكل جارح من الطير أمكن تعليمه والاصطياد به من البازي والصقر والشاهين والمعقاب حل صيدها على ما ذكرناه .

« مسألة ، قال (ولا يؤكل ما صيد بالكلب الأسود إذا كان بهيما لانه شيطان)

البهيم الذي لا يخالط لونه لون سواه ، قال أحمد الذي ليس فيه بياض ، قال ثعلب وإبراهيم الحربي كل لون لم يخالطه لون آخر بهيم قيل لهما من كل لون ؟ قالوا نعم ، وعن كره صيده الحسن والنخعي وقتادة وإسحاق ، قال أحمد ما عرف

أحداً يرخص فيه يعنى من السلف وأباح صيده أبو حنيفة ومالك والشافعى لعموم الآية والخبر والقياس على غيره من الكلاب .

ولنا أنه كلب يحرم اقتناؤه ويجب قتله فلم يبيع صيده كغير المعلم ، ودليل تحريم اقتنائه قول النبي صلى الله عليه وسلم : فاقتلوا منها كل أسود بهيم ، رواه سعيد وغيره .

وروى مسلم فى صحيحه بإسناده عن عبد الله بن المغفل قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم نهى عن قتلها فقال : عليكم بالأسود البهيم ذى النكتتين فإنه شيطان ، فأمر بقتله وما وجب قتله حرم اقتناؤه وتعليمه فلم يبيع صيده لغير المعلم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم سماه شيطانا ولا يجوز اقتناء الشيطان وإباحة الصيد المقتول رخصة فلا تستباح بمحرم كسائر الرخص والعمومات مخصوصة بما ذكرناه ، وإن كان فيه نكتتان فوق عينيه لم يخرج بذلك عن كونه نهيا لما ذكرناه من الخبر .

مسألة ، قال (وإذا أدرك الصيد وفيه روح فلم يذكه حتى مات لم يؤكل)

يعنى والله أعلم ما كان فيه حياة مستقرة ، فأما ما كانت حياته كحياة المذبوح فهذا يباح من غير ذبح فى قولهم جميعا فإن الذكاة فى مثل هذا لا تفيد شيئا ، وكذلك لو ذبحه بجوسى ثم أعاد ذبحه مسلم لم يحل ، فأما أن أدركه وفيه حياة مستقرة فلم يذبحه حتى مات نظرت فإن لم يتسع الزمان لذكاته حتى مات حل أيضا قال قتادة يأكله ما لم يتوان فى ذكاته أو يتركه عمداً وهو قادر على أن يذكيه ونحوه قول مالك والشافعى .

وروى عن الحسن والنخعي ، وقال أبو حنيفة : لا يحل لأنه أدركه حيا حياة مستقرة فتعلقت إباحته بتذكيته كما لو اتسع الزمان .

ولنا أنه لم يقدر على ذكاته بوجه ينسب فيه الى التفريط ولم يتسع لها الزمان فكان عقره ذكاته كالذى قتله ، ويفارق ما قاسوا عليه لأنه أمكنه ذكاته وفرط بتركها ، ولو أدركه وفيه حياة مستقرة يعيش بها طويلا وأمكنته ذكاته فلم يدركه حتى مات لم يبيع سواء كان به جرح يعيش معه أو لا ، وبه قال مالك والليث

والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن ما كان كذلك فهو في حكم الحي بدليل أن عمر رضي الله عنه كانت جراحاته موحية فأوصى وأجيزت وصاياه وأقواله في تلك الحال ولا سقطت عنه الصلاة والعبادات ولأنه ترك تذكيته مع القدرة عليها فأشبهه غير الصيد .

« مسألة ، قال (فإن لم يكن معه ما يذكيه به أشلى الصائد له عليه حتى يقتله فيؤكل) »

يعني أغرى الكلب به وأرسله عليه ، ومعنى أشلى في العربية دعا إلا أن العامة تستعمله بمعنى أغراه ، ويحتمل أن الخرقى أراد دعاه ثم أرسله لأن إرساله على الصيد يتضمن دعاه إليه ، واختلف قول أحمد في هذه المسألة فعنه مثل قول الخرقى ، وهو قول الحسن وإبراهيم .

وقال في موضع : اني لأشعر من هذا يعني أنه لا يراه ؛ وهو قول أكثر أهل العلم لأنه مقدور عليه فلم يباح بقتل الجارح له كبهيمة الانعام وكما لو أخذه سائما ، ووجه الاولى أنه صيد قتله الجارح له من غير إمكان ذكاته فأباح كما لو أدركه ميتا ولأنها حال تتمذر فيها الذكاة في الحلق واللثة غالبا لحاز أن تكون ذكاته على حسب الامكان كالمرتدية في بئر .

وحكى عن القاضي أنه قال في هذا يتركه حتى يموت فيحل لأنه صيد تعذرت تذكيته فأباح بموته من عقر الصائد له كالذي تعذرت تذكيته لقلة لبته والاول أصبح لأنه حيوان لا يباح بغير التذكية اذا كان معه آلة الذكاة فلم يباح بغيرها إذا لم يكن معه آلة كسائر المقدور على تذكيته ، ومسئلة الخرقى محمولة على ما يخاف موته ان لم يقتله الحيوان أو يذكي فان كان به حياة يمكن بقاؤه الى أن يأتي به منزله فليس فيه اختلاف أنه لا يباح الا بالذكاة لأنه مقدور على تذكيته .

« مسألة ، قال (وإذا أرسل كلبه فأضاف معه غيره لم يؤكل إلا أن يدرك في الحياة فيذكي) »

معنى المسألة أن يرسل كلبه على صيد فيجد الصيد ميتا ويجد مع كلبه كلبا لا يعرف حاله ولا يدري هل وجدت فيه شرائط صيده أو لا ولا يعلم أيهما قتله

او يعلم انها جميعا قتلاه او ان قاتله الكلب المجهول فإنه لا يباح الا ان يدركه حيا فيذكيه ، وهذا قال عطاء والقاسم بن مخيمرة ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً ، والاصل فيه ما روى عدني بن حاتم ، قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت أرسل كلبى فأجد معه كلباً آخر قال : لا تأكل فانك إنما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر .

وفي لفظ : فان وجدت مع كلبك كلباً آخر فخشيت ان يكون أخذ معه ، وقد قتله فلا تأكله فانك إنما ذكرت اسم الله على كلبك ، وفي لفظ : فانك لا تدري أيها قتل ؟ ، أخرجه البخاري ، ولأنه شك في الاصطبياد المبيع فوجب إبقاء حكم التحريم ، فأما ان علم ان كلبه الذي قتل وحده او ان الكلب الآخر مما يباح صيده أبيع بدلالة تعليل تحريمه : فانك إنما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر ، وقوله : فانك لا تدري أيها قتل ؟ ، ولأنه لم يشك في المبيع فلم يحرم كما لو كان هو أرسل الكلبين وسمى ، ولو جهل حال الكلب المشارك لكلبه ثم انكشف له أنه مسمى عليه مجتمعة فيه الشرائط حل الصيد ، ولو اعتقد حله لجمله بمشاركة الآخر له او لاعتقاده انه كلب مسمى عليه ثم بان بخلافه حرم لان حقيقة الاباحة والتحريم لا تتغير باعتقاده خلافاً ولا الجهل بوجودها

(فصل) وان أرسل كلبه فأرسل مجوسى كلبه فقتلا صيداً لم يحل لان صيد المجوسى حرام فاذا اجتمع الحظر والاباحة غلب الحظر كالمثولد بين ما يؤكل وما لا يؤكل ولان الاصل الحظر ، والحل موقوف على شرط وهو تذكية من هو من أهل الذكاة او صيده الذي حصلت التذكية به ولم يتحقق ذلك ، وكذلك ان رمياه بسهميهما فأصاباه فمات ، ولا فرق بين ان يقع سهماهما فيه دفعة واحدة او يقع أحدهما قبل الآخر الا ان يكون الاول قد عقرة عقراً موحياً مثل ان ذبحه او جعله في حكم المذبوح ثم اصابه الثاني وهو غير مذبوح فيكون الحكم للأول ، فان كان الاول المسلم أبيع وان كان المجوسى لم يبيع ، وان كان الثاني موحياً ايضاً فقال أكثر أصحابنا الحكم للأول ايضاً لان الاباحة حصلت به فأشبه ما لو كان الثاني غير موح ، ويجوز على قول الخرقى انه لا يباح لقوله .

وإذا ذبح فأتى على المقاتل فلم تخرج الروح حتى وقعت في الماء أو وطئ عليها شيء لم تؤكل ، ولأن الروح خرجت بالجرحين فأشبه ما لو جرحاه معاً .
 وإن كان الأول ليس بروح والثاني موح فالحكم للثاني في الحظر والإباحة ، وإن أرسل المسلم والمجوسى كلباً واحداً فقتل صيداً لم يبيع لذلك ، وكذلك لو أرسله مسلمان وسمى أحدهما دون الآخر ، وكذلك لو أرسل المسلم كلبين أحدهما معلم والآخر غير معلم فقتلا صيداً لم يحل ، وكذلك إن أرسل كلبه المعلم فاسترسل معه معلم آخر بنفسه فقتلا الصيد لم يحل في قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال الأوزاعى يحل ههنا .
 ولنا أن إرسال الكلب على الصيد شرط لما بيناه ولم يوجد في أحدهما

فصل

فإن أرسل مسلم كلبه وأرسل مجوسى كلبه فرد كلب المجوسى الصيد الى كلب المسلم فقتله حل أكله ، وهذا قول الشافعى وأبى ثور . وقال أبو حنيفة : لا يحل لأن كلب المجوسى عاون في اصطيداده فأشبه إذا عقره .
 ولنا أن جارحة المسلم انفردت بقتله فأبيع كما لو رمى المجوسى سهمه فرد الصيد فأصابه سهم مسلم فقتله أو أمسك مجوسى شاة فذبحها مسلم وبهذا يبطل ما قاله .
 (فصل) وإذا صاد المجوسى بكلب مسلم لم يبيع صيده في قولهم جميعاً ، وإن صاد المسلم بكلب المجوسى فقتل حل صيده ، وبهذا قال سعيد بن المسيب والحكم ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى
 وعن أحمد لا يباح وكراهه جابر والحسن ومجاهد والنخعى والثورى ، لقوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين) وهذا لم يعلمه . وعن الحسن أنه كره الصيد بكلب اليهودى والنصرانى لهذه الآية

ولنا أنه آلة صاد بها المسلم فحل صيده كالقوس والسهم : قال ابن المسيب هي بمنزلة شفرته ، والآية دلت على إباحة الصيد بما علمناه ، وما علمه غيرنا فهو في معناه فيثبت الحكم بالقياس الذى ذكرناه ، يحققه أن التعليم إنما أثر في جعله آلة ولا تشترط الأهلية في ذلك كعمل القوس والسهم وإنما تشترط فيها أقيم مقام الذكاة وهو إرسال الآلة من الكلب والسهم وقد وجد الشرط ههنا .

(فصل)

واذا أرسل جماعة كلاباً وسموا فوجدوا الصيد قتيلاً لا يدرون من قتله حل أكله فإن اختلفوا في قاتله وكانت الكلاب متعلقة به فهو بينهم على السواء لأن الجميع مشتركة في امساكه فأنشبه ما لو كان في أيدي الصيادين أو عبيدهم ، وإن كان البعض متعلقاً به دون باقيها فهو لمن كلبه متعلق به ، وعلى من حكمنا له به اليمين في المسالتين لأن دعواه محتملة فكانت اليمين عليه كصاحب اليد ، وإن كان قتيلاً والكلاب ناحية وقف الأمر حتى يصطلحوا ، ويحتمل أن يقرع بينهم فمن قرع صاحبه حلف وكان له ، وهذا قول أبي ثور قياساً على ما لو تداعيا دابة في يد غيرهما ، وعلى الأول إذا خيف فسادُه قبل اصطلاحهم عليه باعوه ثم اصطلحوا على ثمنه .

« مسألة ، قال (وإذا سمى ورمى صيداً فأصاب غيره جاز أكله)

وجملة ذلك الأمر أن الصيد بالسهم وكل محدد جائز بلا خلاف وهو داخل في مطلق قوله تعالى (فاصطادوا) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « فما صدت بقوسك وذكر اسم الله عليه فكل ،

وعن أبي قتادة أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأى حماراً وحشياً فاستوى على فرسه وأخذ رمحه ثم شدد على الحمار فقتله ، فلما أدركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سالوه عن ذلك فقال « إنما هي طعمة أطعمكموها الله ، متفق عليه . ويعتبر فيه من الشروط ما ذكرنا في الجراح إلا التعليم ، ونعتبر التسمية عند إرسال السهم والطعن أن كان برمح والضرب أن كان مما يضرب لانه الفعل الصادر منه ، وإن تقدمت التسمية بزمان يسير جاز كما ذكرنا في النية في العبادات ويعتبر أن يقصد الصيد ، فلو رمى هدفاً فأصاب صيداً ، أو قصد رمي إنسان أو حجر أو رمى عبثاً غير قاصد صيداً فقتله لم يحل ، وإن قصد صيداً فأصابه وغيره حلاً جميعاً ، والجراح في هذا بمنزلة السهم ، نص أحمد على هذه المسائل وهو قول الثوري وقتادة وأبي حنيفة والشافعي ، إلا أن الشافعي قال : إذا أرسل الكلب على صيد فاخذ آخر في طريقه حل ، وإن عدل عن طريقه إليه ففيه روايتان .

وقال مالك : اذا ارسل كلبه على صيد بعينه فاخذ غيره لم يباح لانه لم يقصد صيده
إلا أن يرسله على صيود كبار فتتفرق عن صغار فإنها تباح اذا أخذها

ولنا عموم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) وقوله عليه السلام : اذا
أرسلت كلبك وذكر اسم الله تعالى عليه فكل مما أمسك عليك ، وقول النبي
صلى الله عليه وسلم : كل ما ردت عليك فوسك ، ولانه أرسل آلة الصيد على
صيد لخل ما صاده كما لو أرسلها على كبار فتفرقت عن صغار فأخذها على مالك أو
كما لو أخذ صيداً في طريقه على الشافعي ، ولانه لا يمكن تعليم الجارح اصطيد
واحد بعينه دون واحد فسقط اعتباره .

فأما ان أرسل سهمه أو الجارح ولا يرى صيداً ولا يعلمه فصاد لم يخل صيده
لانه لم يقصد صيداً ، لأن القصد لا يتحقق لما لا يعلمه . وبهذا قال الشافعي في
الكلاب ، وقال الحسن ومعاوية بن قررة يأكله لعموم الآية والخبر ، ولانه
قصد الصيد لخل له ما صاده كما لو رآه .

ولنا أن قصد الصيد شرط ولا يصح العقد مع عدم العلم فأشبه ما لو لم
يقصد الصيد .

(فصل)

وان رأى سواداً أو سمع حساً فظنه آدمياً أو بهيمة أو حجراً فرماه فقتله فإذا
هو صيد لم يباح ، وبهذا قال مالك ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة يباح . وقال
الشافعي : يباح ان كان المرسل سهماً ، ولا يباح ان جارحاً ، واحتج من أباحه
بعموم الآية والخبر ولانه قصد الاصطياد وسمى فأشبه ما لو علمه صيداً .

ولنا أنه لم يقصد الصيد فلم يباح كما لو رمى هدفاً فأصاب صيداً ، وكما في الجارح
عند الشافعي ، وان ظنه كلباً أو خنزيراً لم يباح لذلك ، وقال محمد بن الحسن يباح
لانه مما يباح قتله .

ولنا ما تقدم ، فأما ان ظنه صيداً حل لانه ظن وجود الصيد أشبه ما لو رآه
وان شك هل هو صيد أو لا ؟ أو غلب على ظنه أنه ليس بصيد لم يباح لان صحة
القصد تنبني على العلم ولم يوجد ذلك ، وان رمى حجراً بظنه صيداً فقتل صيداً

فقال أبو الخطاب لا يباح لانه لم يتصد صيداً على الحقيقة ، ويحتمل ان يباح لان صحة القصد تنبئ على الظن وقد وجد فصيح قصده فينبغي ان يحل صيده .

« مسئله ، قال (واذا رماه فغاب عن عينه فوجده ميتا وسهمه فيه ولا اثر به غيره حل أكله)

هذا هو المشهور عن احمد ، وكذلك لو أرسل كلبه على صيد فغاب عن عينه ثم وجده ميتا ومعه كلبه حل . وهذا قول الحسن وقتادة ، وعن احمد ان غاب نهرا فلا بأس ، وان غاب ليلا لم يأكله وعن مالك كالروايتين ، وعن أحمد ما يدل على انه ان غاب مدة طويلة لم يبيع ، وان كانت يسيرة أبيع لانه قيل له ان غاب يوما قال يوم كثير ، ووجه ذلك قول ابن عباس : اذا رميت فاقصصت فكل ، وان رميت فوجدت فيه سهمك من يومك أو ليلتك فكل ، وان بات عنك ليلة فلا تأكل فإنك لا تدري ما حدث فيه بعد ذلك ، وكره عطاء والثوري أكل ما غاب . وعن أحمد مثل ذلك ، وللشافعي فيه قولان لأن ابن عباس قال وكل ما أصحيت وما أنميت فلا تأكل ،

قال الحكم : الاصماء الاقصاص يعني انه يموت في الحال ، والائمة ان يغيب عنك يعني انه لا يموت في الحال قال الشاعر :

فهو لا تنمى رميته ماله لا عد من نفره

وقال ابو حنيفة : يباح ان لم يكن ترك طلبه وان تشاغل عنه ثم وجده لم يبيع ولنا ما روى عدى بن حاتم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس به الا اثر سهمك فكل وان وجدته غريقا في الماء فلا تأكل ، متفق عليه

وعن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله افتنى في سهمي ؟ قال مارد عليك سهمك فكل ، قال وان تغيب عني ؟ قال وان تغيب عنك ما لم تجد فيه اثرا غير سهمك او تجده قد صل^(١) رواه ابو داود ، وعن ابي ثعلبة عن النبي (ص) انه قال « اذا رميت الصيد فادر كته بعد ثلاث

(١) صل بالصاد المهملة جاف وتغير وبالضاد ايضا بمعنى

وسهمك فيه فكله ما لم ينتن ، ولان جرحه بسهمه سبب إباحته وقد وجد يقينا
والمعارض له مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك ولانه وجده وسهمه فيه ولم
يجد به أثرا آخر فاشبهه ماله لم يترك طلبه عند أبي حنيفة أو كما لو غاب نهارا أو مدة
يسيرة أو كما لو لم يغب .

إذا ثبت هذا فانه يشترط في حله شرطان .

أحدهما : ان يجد سهمه فيه أو أثره ويعلم انه أثر سهمه لانه اذا لم يكن كذلك
فهو شك في وجود المبيع فلا يثبت بالشك .

والثاني ان لا يجد به أثرا غير سهمه مما يحتمل انه قتله لقول النبي صلى الله عليه
وسلم : ما لم تجد فيه أثرا غير سهمك ، وفي لفظه : وان وجدت فيه أثرا غير
سهمك فلا تأكله فانك لا تدري أقتلته أنت أو غيرك ؟ ، رواه الدارقطني ، وفي
لفظه : اذا وجدت فيه سهمك ولم يأكل منه سبع فكل منه ، رواه النسائي ، وفي
حديث عدي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : فان رميت الصيد فوجدته بعد
يوم أو يومين ليس به الا أثر سهمك فكل ، وان وقع في الماء فلا تأكل ، رواه
البخاري ، وقال عاوية السلام : وان وجدته غريقا في الماء فلا تأكل ، ولانه اذا
كان به أثر يصلح ان يكون قد قتله فقد تحقق المعارض فلم يبع كما لو وجد مع
كلبه كلبا سواه .

فاما ان كان الاثر مما لا يقتل مثله مثل أكل حيوان ضعيف كالسنور والثعلب
من حيوان قوى فهو مباح لانه يعلم ان هذا لم يقتله فاشبه ما لو تهمش من وقعته

« مساله » قال (واذا رماه فوق في ماء أو تردي من جبل لم يؤكل)

يعنى وقع في ماء يقتله مثله أو تردي ترديا يقتله مثله ولا فرق في قول الخرق
بين كون الجراحة موحية أو غير موحية ، هذا المشهور عن احمد ، وظاهر قول
ابن مسعود وعطاء وربيعة واسحاق واصحاب الرأي ، واكثر اصحابنا المتأخرين
يقولون : ان كانت الجراحة موحية مثل إن ذبحه أو أبان حشوته لم يضر وقوعه
في الماء ولا ترديه ، وهو قول الشافعي ومالك والليث وقتادة وأبي ثور ، لان
هذا صار في حكم الميت بالذبح فلا يؤثر فيه ما أصابه .

ووجه الأول : قوله « وان وقع في الماء فلا تأكل » ، ولأنه يحتمل أن الماء أعان على خروج روحه فصار بمنزله ما لو كانت الجراحة غير موحية ولا خلاف في تحريمه إذا كانت الجراحة غير موحية ، ولو وقع الحيوان في الماء على وجه لا يقتله مثل أن يكون رأسه خارجاً من الماء أو يكون من طير الماء الذي لا يقتله الماء أو كان التردى لا يقتل مثل ذلك الحيوان فلا خلاف في إباحته لأن النبي (ص) قال « فان وجدته غريقاً في الماء فلا تأكله » ، ولأن الوقوع في الماء والتردى إنما حرم خشية أن يكون قاتلاً أو معيناً على القتل وهذا منتف فيما ذكرناه .

(فصل) فإن رمى طائراً في الهواء أو على شجرة أو جبل فوقع إلى الأرض فمات حل ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك لا يحل إلا أن تكون الجراحة موحية أو يموت قبل سقوطه لقوله تعالى (والمنردية) ولأنه اجتمع المبيح والحاضر فغلب الحظر كما لو غرق . ولنا أنه صيد سقط بالاصابة سقوطاً لا يمكن الاحتراز عن سقوطه عليه فوجب أن يحل كما لو أصاب الصيد فوقع على جنبه ويخالف ما ذكره فإن الماء يمكن التحرز منه وهو قاتل بخلاف الأرض .

« مسألة » قال (وإذا رمى صيداً فقتل جماعة فكله حلال)

قد سبق شرح هذه المسألة فيما إذا رمى صيداً فأصاب غيره .
(فصل) قال أحمد : لا بأس بصيد الليل . فقيل له قول النبي صلى الله عليه وسلم « أقرؤا الطير على وكناتها » فقال : هذا كان أحدكم يريد الأمر فيشير الطير حتى يتفاهل أن كان عن يمينه قال كذا ، وإن جاء عن يساره قال كذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أقرؤا الطير على وكناتها » وروى له عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تطرقوا الطير في أوكارها فان الليل لها أمان » فقال هذا ليس بشيء يرويه فرات بن السائب وليس بشيء ، ورواه عنه حفص بن عمر ولا أعرفه . قال يزيد بن هارون : وما علمت أن أحداً كره صيد الليل ، قال يحيى ابن معين ليس به بأس ، وسئل هل يكره للرجل صيد الفراخ الصغار مثل الورشان وغيره يعني من أوكارها ؟ فلم يكرهه .

« مسأله ، قال (واذا رمى صيداً فأبان منه عضواً لم يؤكل ما بان منه ويؤكل ما سواه في إحدى الروايتين والأخرى يأكله وما أبان منه)

وجملته : أنه إذا رمى صيداً أو ضربه فبان بعضه لم يخل من أحوال ثلاثة .
أحدها : أن يقطعه قطعتين أو يقطع رأسه فهذا جميعه حلال سواء كانت القطعتان متساويتين أو متفاوتتين وبهذا قال الشافعي ، وروى ذلك عن عكرمة والنخعي وقتادة ، وقال أبو حنيفة ان كانتا متساويتين أو التي مع الرأس أقل حلنا وان كانت الأخرى أقل لم يخل وحل الرأس وما معه لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما أبين من حي فهو ميت » .

ولنا أنه جزء لا تبقى الحياة مع فقدته فأبيع كما لو تساوت القطعتان .
الحال الثاني : أن يبين منه عضو وتبقى فيه حياة مستقرة فالباثن محرم بكل حال سواء بقي الحيوان حياً أو أدركه فذكاه أو رماه بسهم آخر فقتله إلا أنه ان ذكاه حل بكل حال دون ما أبان منه وان ضربه في غير مذبحه فقتله نظرت فان لم يكن أثبته بالضربة الاولى حل دون ما أبان منه وان كان أثبته لم يخل شيء منه لان ذكاة المقدور عليه في الحلق واللبة .

الحال الثالث : أبان منه عضواً ولم تبقى فيه حياة مستقرة فهذه التي ذكر الخرق فيها روايتين . أشهرهما : عن أحمد وإباحتها ، قال أحمد إنما حديث النبي (ص) « ما قطعت من الحي ميتة إذا قطعت وهي حية تمشي وتذهب ، أما إذا كانت البينونة والموت جميعاً أو بعده بقليل إذا كان في علاج الموت فلا بأس به إلا ترى الذي يذبح ربما مكث ساعة وربما مشى حتى يموت ؟ وهذا مذهب الشافعي وروى ذلك عن علي وعطاء والحسن

وقال قتادة وإبراهيم وعكرمة : ان وقعا معا أكلهما ، وان مشى بعد قطع العضو أكله ولم يأكل العضو .

والرواية الثانية : لا يباح ما بان منه ، وهذا مذهب أبي حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ما أبين من حي فهو ميت » ، ولان هذه البينونة لا تمنع بقاء الحيوان في العادة فلم يباح أكل البان كما لو أدركه الصيد وفيه حياة مستقرة ،

والأولى المشهورة لأن ما كان ذكاة لبعض الحيوان كان ذكاة لجميعه كما لو قده نصفين والخبر يقتضى أن يكون الباقي حياً حتى يكون المنفصل منه ميتاً وكذا نقول . قال أبو الخطاب : فإن بقي معلقاً بجلده حل رواية واحدة .

(فصل) قال أحمد حدثنا هشيم عن منصور عن الحسن أنه كان لا يرى بالطريقة بأساً كان المسلمون يفعلون ذلك في مغازيهم وما زال الناس يفعلونه في مغازيهم . واستحسنه أبو عبد الله قال والطريقة الصيد يقع بين القوم فيقطع ذا منه بسيغه قطعة ويقطع الآخر أيضاً حتى يؤتى عليه وهو حي قال : وليس هو عندي إلا أن الصيد يقطع بينهم لا يقدر على ذكاته فيأخذونه قطعاً .

« مسألة ، قال (وكذلك إذا نصب المناجل للصيد)

وجملته : أنه إذا نصب المناجل للصيد فعقرت صيداً أو قتله حل ، فإن بان منه عضو لحكمه حكم البان بضربة الصائد روى نحو ذلك عن ابن عمر ، وهو قول الحسن وقتادة .

وقال الشافعي : لا يباح بحال لأنه لم يذكه أحد وإنما قتلت المناجل بنفسها ولم يوجد من الصائد إلا السبب لجرى ذلك بجرى من نصب سكيناً فذبحت شاة ولأنه لو رمى سهماً وهو لا يرى صيداً فقتل صيداً لم يحل فهذا أولى .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « كل ما ردت عليك يدك » ولأنه قتل الصيد بجديده على الوجه المعتاد فأشبهه ما لو رماه بها ولأنه قصد قتل الصيد بما له حد جرت العادة بالصيد به أشبه ما ذكرنا والسبب جرى بجرى المباشرة في الضمان فكذلك في إباحة الصيد ، وفارق ما إذا نصب سكيناً فإن العادة لم تجر بالصيد بها وإذا رمى سهماً ولم ير صيداً فليس ذلك بمعتاد والظاهر أنه لا يصيب صيداً فلم يصح قصده وهذا بخلافه .

(فصل) فأما ما قتله الشبكة أو الحبل فهو محرم ولا نعلم فيه خلافاً إلا عن الحسن أنه يباح ما قتله الحبل إذا سمى فدخل فيه وجرحه وهذا قول شاذ يخالف عوام أهل العلم ولأنه قتله بما ليس له حد أشبه ما لو قتله بالبندق .

« مسألة ، قال (وإذا صاد بالمعراض أكل ما قتل بحده ولا يأكل ما قتل بعرضه)

المعراض : عود محدد وربما جعل في رأسه حديدة ، قال أحمد المعراض يشبه السهم يحذف به الصيد فربما أصاب الصيد بحده فخرق وقتل فيباح ، وربما أصاب بعرضه فقتل بثقله فيكون موقوذا فلا يباح . وهذا قول علي وعثمان وعمار وابن عباس ، وبه قال النخعي والحكم ومالك والثوري والشافعي وأبو حنيفة وإسحاق وأبو ثور .

وقال الأوزاعي وأهل الشام : يباح ما قتل بحده وعرضه ، وقال ابن عمر . ما رمى من الصيد بجلاهدق أو معراض فهو من الموقوذة ، وبه قال الحسن . ولنا ما روى عدي بن حاتم قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد المعراض فقال « ما خرق فكل وما قتل بعرضه فهو وقيد فلا تأكل » متفق عليه ، وهذا نص ولأن ما قتل بحده بمنزلة ما طعنه برمح أو رماه بسهم ولأنه محدد خرق وقتل بحده ، ولا قتل بعرضه إنما يقتله بثقله فهو موقوذ كالذي رماه بحجر أو ببندقية .

(فصل قال وحكم سائر آلات الصيد حكم المعراض في أنها إذا قتلت بعرضها ولم تجرح لم يباح الصيد كالسهم يصيب الطائر بعرضه فيقتله والرمح والحرية والسيوف يضرب به صفحا فيقتل فكل ذلك حرام وهكذا إن أصاب بحده فلم يجرح وقتل بثقله لم يباح لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ما خرق فكل » ولأنه إذا لم يجرحه فأنما يقتله بثقله فأشبه ما أصاب بعرضه .

« مسألة ، قال (وإذا رمى صيدا فعقره ورماه آخر فأثبتته ورماه آخر فقتله لم يؤكل وكان لمن أثبتته القيمة مجروحا على قتاله)

أما الذي عقره ولم يثبت فلا شيء له ولا عليه لأنه حين ضربه كان مباحا لا ملك لأحد فيه ولم يثبت له فيه حق لأنه باق على امتناعه ، وأما الذي أثبتته فقد ملكه لأنه أزال امتناعه فصار بمنزلة أمساكه ، فإذا ضربه الثالث فقتله فعليه ضمانه

لأنه قتل حيوانا مملوكا لغيره وهذا محمول على أن جرح المثلث ليس بموح بدليل أنه نسب القتل الى الثالث ويضمنه مجروحا حين الجرح الأول والثاني لأنه قتله ومما فيه ، فأما إباحته فينظر فيه فإن كان القاتل أصاب مذبحة حل لأنه صادف محل الذبح وليس عليه إلا أرش ذبحة كما لو ذبح شاة لغيره . وإن كان أصاب غير مذبحة لم يحل لأنه لما أثبتته صار مقدورا عليه لا يحل إلا بالذبح في الحلق واللثة فإذا قتله بغير ذلك لم يحل كما لو قتل شاة ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد .

{ فصل }

وإن رمى صيدا فأثبته ثم رماه آخر فأصابه لم تخل رمية الأول من قسمين . أحدهما : أن تكون موحية مثل أن تنحره أو تذبحه أو تقع في خاصرته أو قلبه فينظر في رمية الثاني فإن كانت غير موحية فهو حلال ولا ضمان على الثاني إلا أن ينقصه برميته شيئا فيضمن ما نقصه لأنه بالرمية الأولى صار مذبوحا ، وإن كانت رمية الثاني موحية ، فقال القاضي وأصحابه يحل كالتى قبلها ، وهو مذهب الشافعي ويجيء على قول الحرقى أن يكون حراما كقوله فيمن ذبح فأتى على المقاتل فلم تخرج الروح حتى وقعت في الماء أو وطئ عليها شيء لم يؤكل .

القسم الثاني : أن يكون جرح الأول غير موح فينظر في رمية الثاني فإن كانت موحية فهو محرم لما ذكرنا إلا أن تكون ذبحة أو نحرة ، وإن كانت غير موحية فلها ثلاث صور .

أحدها : أنه ذكى بعد ذلك فيحل .

والثانية : لم يذك حتى مات فإنه يحرم لأنه مات من جرحين مبيح ومحرم فحرم كما لو مات من جرح مسلم ومجوسى ، وعلى الثاني ضمان جميعه لأن جرحه هو الذى حرمه فكان جميع الضمان عليه .

والثالثة : قدر على ذكاته فلم يذكه حتى مات حرم لمعنيين . أحدهما : أنه ترك ذكاته مع إمكانها ، والثاني : أنه مات من جرحين مبيح . ومحرم . ويلزم الثاني الضمان ، وفي قدره احتمالان .

أحدهما : يضمن جميعه كالتى قبلها .

قال القاضى : هذا قول الحرقى لإيجابه الضمان فى مسأله على الثالث من غير تفريق : وليست هذه مسألة الحرقى لقوله ثم رماه الثالث فقتله ، فتعين حملها على أن جرح الثانى كان موحياً لا غير .

الاحتمال الثانى : أن يضمن الثانى بقسط جرحه لأن الاول إذا ترك الذبح مع إمكانه صار جرحه حاضراً أيضاً ، بدليل ما لو انفرد وقتل الصيد فيسكون الضمان منقسماً عليهما .

وذكر القاضى فى قسمته عليهما أنه يقسط أرش جرح الاول وعلى الثانى أرش جراحته ثم يقسم ما بقى من القيمة بينهما نصفين ، وفرض المسألة فى صيد قيمته عشرة دراهم نقصه جرح الاول درهما ونقصه جرح الثانى درهما فعليه درهم ويقسم الباقي وهو ثمانية بينهما نصفين فيكون على الثانى خمسة دراهم بالمباشرة وأربعة بالسراية وتسقط حصة الاول وهى خمسة ، وإن كان أرش جرح الثانى درهمين لزمه نصف السبعة الباقية ثلاثة ونصف فيلزمه خمسة ونصف ، وتسقط حصة الاول أربعة ونصف ، وإن كانت جنايتهما على حيوان مملوك لغيرهما قسم الضمان عليهما كذلك ، ويتوجه على هذه الطريقة أنه سوى بين الجنايتين مع أن الثانى جنى عليه وقيمه دون قيمته يوم جنى عليه الاول ، وأنه لم يدخل أرش الجناية فى بدل النفس كما يدخل فى الجناية على الآدمى

والجواب عن هذا أن كل واحد منهما انفرد بإتلاف ما قيمته درهم وتساويا فى إتلاف الباقي بالسراية فتساويا فى الضمان ، وإنما يدخل أرش الجناية فى بدل النفس التى لا ينقص بدلها بإتلاف بعضها وهو الآدمى ، أما البهائم فإنه إذا جنى عليها جناية أرشها درهم نقص ذلك من قيمتها ، فإذا سرى الى النفس أوجبنا ما بقى من قيمة النفس ولم يدخل الارش فيها .

وذكر أصحاب الشافعى فى قسمة الضمان طرقاً ستة أصحها عندهم أن يقال ان الاول أتلف نصف نفس قيمتها عشرة فيلزمه خمسة . والثانى أتلف نصف نفس قيمتها تسعة فيلزمه أربعة ونصف فيكون المجموع تسعة ونصفا وهى أقل من قيمته لأنها عشرة فتقسم العشرة على تسعة ونصف فيسقط عن الاول ما يقابل أربعة ونصفا

ويتوجه على هذا أن كل واحد منهما يلزمه أكثر من قيمة نصف الصيد حين جنى عليه ، وإن كانت الجراحات من ثلاثة ، فإن كان الأول هو أثبتة فعلى طريقة القاضى على كل واحد أرش جرحه وتقسم السراية عليهم أثلاثا ، وإن كان المثبت له هو الثانى لجراحة الأول هدر لا عبرة بها والحكم فى جراحة الآخرين كما ذكرنا وعلى الطريقة الأخرى الأول أتلف ثلث نفس قيمتها عشرة فيلزمه ثلاثة وثلث والثانى أتلف ثلثها وقيمتها تسعة فيلزمه ثلاثة ، والثالث أتلف ثلثها وقيمتها ثمانية فيلزمه درهمان وثلثان ومجموع ذلك تسعة تقسم عليها العشرة حصة كل واحد منهم ما يقابل ما أتلفه ، وإن أتلفوا شاة مملوكة لغيرهم ضمنوها كذلك .

فصل

فإن رمياه معاً فقتلاه كان حلالاً ومملكاً لأنها اشتركا فى سبب الملك والحل تساوى الجرحان أو تفاوتا لأن موته كان بهما ، فإن كان أحدهما موحياً والآخر غير موح ولا يشبه مثله فهو لصاحب الجرح الموحى لأنه الذى أثبتته وقتله ولا شىء على الآخر لأن جرحه كان قبل ثبوت ملك الآخر فيه ، وإن أصابه أحدهما بعد صاحبه فوجدناه ميتاً ولم نعلم هل صار بالأول ممتعاً أو لا حل لأن الأصل الامتناع ويكون بينهما لأن أيديهما عليه ، فإن قال كل واحد منهما أنا أثبتته ثم قتله أنت ، حرم لأنها اتفقا على تحريمه ويتحالفان لاخذ الضمان

وإن اتفقا على الأول منهما فادعى الأول أنه أثبتته ثم قتله وانكر الثانى اثبات الأول له فالقول قول الثانى لأن الأصل عدم امتناعه ويحرم على الأول لإقراره بتحريمه والقول قول الثانى فى عدم الامتناع مع يمينه

وإن علمت جراحة كل واحد منهما نظرنا فيها فإن علم أن جراحة الأول لا يبقى معها امتناع ، مثل أن كسر جناح الطائر أو ساق الظبي فالقول قول الأول بغير يمين ، وإن علم أنه لا يزيل الامتناع مثل خدش الجلد فالقول قول الثانى ، وإن احتمل الأمرين فالقول قول الثانى لأن الأصل معه وعليه اليقين . لأن ما ادعاه الأول محتمل

(فصل) وإن رمى صيداً فأصابه وبقي على امتناعه حتى دخل دار إنسان فأخذه فهو لمن أخذه لأن الأول لم يملكه لكونه ممتعاً فملكه الثانى بأخذه ،

ولو رمى طائراً على شجرة في دار قوم فطرحه في دارهم فأخذوه فهو للراعي دونهم لأن ملكه بإزالة امتناعه .

(فصل) قال أصحابنا : وإذا تعلق صيد في شرك إنسان أو شبكته ملكه لأنه أثبتته بآلته ، فإن أخذه أحد لزمه رده عليه لأن آلته أثبتته فأشبهه ما لو أثبتته بسهمه ، فإن لم تمسكه الشبكة بل انفلت منها في الحال أو بعد حين لم يملكه لأنه لم يثبتته ، وإن أخذ الشبكة وانفلت بها فصاده إنسان ملكه ويرد الشبكة على صاحبها لأنه لم يثبتته ، وإن كان يمشى بالشبكة على وجه لا يقدر على الامتناع فهو لصاحبها لأنها أزال امتناعه ، وإذا أمسكه الصائد وثبتت يده عليه ثم انفلت منه لم يزل ملكه عنه لأنه امتنع منه بعد ثبوت ملكه فلم يزل ملكه عنه كما لو شردت فرسه أو ند بعيره ، فإن اصطاد صيداً فوجد عليه علامة ، مثل أن يجرد في عنقه قلادة أو في أذنه قرط لم يملكه لأن الذي اصطاده ملكه فلا يزول ملكه بالانفلات ، وكذلك إن وجد طائراً مقصوص الجناح .

فإن قيل يحتمل أن الذي أمسكه أولاً محرم لم يملكه أو أنه أرسله على سبيل التخلية وإزالة الملك عنه كإلقاء الشيء التافه

قلنا أما الأول فنادر وهو مخالف للظاهر ، لأن الظاهر حال المحرم أنه لا يصيد ما حرم الله عليه .

وأما الثاني بخلاف الأصل فإن الأصل بقاء ملكه عليه ، وما ذكرناه محتمل فلا يزول الملك بالشك ؛ وإن علم أن مالكه أرسله اختياراً فقال أصحابنا لا يزول الملك عنه بالارسال والاعتاق ، كما لو أرسل البعير والبقرة ، ويحتمل أن يزول الملك لأن الأصل الإباحة فالارسال يردده إلى أصله ؛ ويفارق بهيمة الأنعام من وجهين . أحدهما : أن الأصل ههنا الإباحة وبهيمة الأنعام بخلافه

الثاني : أن الارسال ههنا يفيد وهو رد الصيد إلى الخلاص من أيدي الأدميين وحبسهم ، ولهذا روى عن أبي الدرداء أنه اشترى عصفوراً من صبي فأرسله ، ويجب إرسال الصيد على المحرم إذا أحرم أو دخل الحرم وهو في يده بخلاف بهيمة الأنعام فإن إرساله تضييع له وربما هلك إذا لم يكن له من يقوم به .

« مسألة ، قال (ومن كان في سفينة فوثبت سمكة فسقطت في حجره فهي له دون صاحب السفينة)

وذلك لان السمكة من الصيد المباح يملك بالسبق اليه ، وهذه حصلت في يد الذي هي في حجره وحجره له ويده عليه دون صاحب السفينة ، ألا ترى أنها لو تنازعا كيسا في حجره كان أحق به من صاحب السفينة ، كذا ههنا ، ومفهوم كلام الحرقى ان السمكة إذا وقعت في السفينة فهي لصاحبها ، وذكره ابن أبي موسى لان السفينة ملكه ويده عليها فما حصل من المباح فيها كان أحق به كحجره .

(فصل) فإن كانت السمكة وثبت بسبب فعل إنسان لقصد الصيد كالصياد الذي يجعل في السفينة ضروءاً بالليل ويدق بشيء كالجرس ليثب السمك في السفينة فهذا للصائد دون من وقع في حجره لان الصائد أثبتها بذلك فصار كمن رمى طائرا فألقاه في دار قوم ، وان لم يقصد الصيد بهذا بل حصل اتفاقا كانت لمن وقعت في حجره .

« مسألة ، قال (ولا يصاد السمك بشيء نجس)

ومعنى ذلك ان يترك في الماء شيء نجس كالعذرة والميتة وشبههما لئلا يأكله السمك فيصيبه به فكره أحمد ذلك وقال . هو حرام لا يصاد به ، وإنما كره أحمد ذلك لما يتضمن من أكل السمك النجاسة ، وسواء في هذا ما يتفرق كالدم والعذرة ، وما لا يتفرق كالجرذ وقطعة من الميتة ، وكره أحمد الصيد ببسات وردان وقال : ان ماواها الحشوش ، وكره الصيد بالضفادع وقال الضفدع نهي عن قتله .

(فصل) وكره الصيد بالخرطوم وكل شيء فيه الروح لما فيه من تعذيب الحيوان فإن اصطاد فالصيد مباح ، وكره الصيد بالشباش ، وهو طائر يخيط عينه أو يربط من أجل تعذيبه ولم ير بأسا بالصيد بالشبكة والشرك وشيء فيه دبق يمنع الطير من الطيران وان يطعم شيئا إذا أكله سكر وأخذ

« مسألة ، قال (ولا يؤكل صيد مرتد ولا ذبيحته وان تدين بدين أهل الكتاب)

يعنى ما قتله من الصيد ولم تدرك ذكاته وهذا قول أكثر أهل العلم . منهم :
الشافعى وأبو حنيفة وأصحابه ، قال الأوزاعى وإسحاق تباح ذبيحته إذا ذهب إلى
النصرانية أو اليهودية لأن من تولى قوما فهو منهم .

ولنا أنه كافر لا يقر على كفره فلم تبع ذبيحته كعبدة الأوثان ؛ وقد مضت
هذه المسألة فى باب المرتد .

« مسألة ، قال : ومن ترك التسمية على الصيد عامداً أو ساهياً لم يؤكل ، وإن
ترك التسمية على الذبيحة عامداً لم يؤكل وإن تركها ساهياً أكلت »

أما الصيد فقد مضى القول فيه ، وأما الذبيحة فالمشهور من مذهب أحمد أنها
شرط مع الذكر وتسقط بالسهو ، وروى ذلك عن ابن عباس ، وبه قال مالك
والثورى وأبو حنيفة وإسحاق ، ومن أباح ما نسيت التسمية عليه عطاء وطاوس
وسعيد بن المسيب والحسن . وعبد الرحمن بن أبى ليلي وجعفر بن محمد وربيعة ،
وعن أحمد أنها مستحبة غير واجبة فى عمد ولا سهو ، وبه قال الشافعى لما ذكرنا
فى الصيد ، قال أحمد إنما قال الله (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) يعنى
الميتة وذكر ذلك عن ابن عباس .

ولنا قول ابن عباس من نسي التسمية فلا بأس ، وروى سعيد بن منصور
بإسناده عن راشد بن ربيعة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ذبيحته المسلم
حلال ، وإن لم يسم مالم يتعمد ، ولأنه قول من سمينا ولم نعرف لهم فى الصحابة
مخالفاً وقوله تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) محمول على ما تركت
التسمية عليه عمداً بدليل قوله (وإنه لفسق) والأكل مما نسيت التسمية عليه
ليس بفسق ويفارق الصيد لأن ذبحه فى غير محل فاعتبرت التسمية تقوية له
والذبيحة بخلاف ذلك .

(فصل) والتسمية على الذبيحة معتبرة حال الذبح أو قريباً منه كما تعتبر على
الطهارة وإن سمي على شاة ثم أخذ أخرى فذبحها بتلك التسمية لم يجز سواء أرسل
الأولى أو ذبحها لأنه لم يقصد الثانية بهذه التسمية . وإن رأى قطعاً من الغنم فقال

بسم الله ثم أخذ شاة فذبجها بغير تسمية لم يحل ، وان جهل كون ذلك لا يجزىء لم يجزى مجرى النسيان لأن النسيان يسقط المؤاخذة ، والجاهل مؤاخذ ولذلك يفطر الجاهل بالأكل في الصوم دون الناسي ، وان أضجع شاة لذبجها وسمى ثم ألقى السكين وأخذ أخرى أو رد سلاما أو كلم إنسانا أو استسقى ماء ونحو ذلك وذبح حل لأنه سمي على تلك الشاة بعينها ولم يفصل بينهما إلا بفصل يسير فأشبهه ما لو لم يتكلم (فصل) وان سمي الصائد على صيد فأصاب غيره حل وان سمي على سهم ثم ألقاه وأخذ غيره فرمى به لم يبيع ما صاده به لأنه لما لم يمكن اعتبار التسمية على صيد بعينه اعتبرت على الآلة التي يصيد بها بخلاف الذبيحة ، ويحتمل أن يباح قياسا على ما لو سمي على سكين ثم ألقاها وأخذ غيرها ؛ وسقوط اعتبار تعيين الصيد لمشتقته لا يقتضى اعتبار تعيين الآلة فلا يعتبر .

« مسأله » قال (واذا ند بعير فلم يقدر عليه فرماه بسهم أو نحوه مما يسيل به دمه فقتله أكل)

وكذلك ان تردى في بئر فلم يقدر على تذكيته فخرجه في أى موضع قدر عليه فقتله أكل الا أن تكون رأسه في الماء فلا يؤكل لان الماء يعين على قتله — هذا قول أكثر الفقهاء روى ذلك عن عمر وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم ، وبه قال مسروق والأسود والحسن وعطاء وطاوس وإسحاق والشعبي والحكم وحامد والثوري وأبو حنيفة والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، وقال مالك : لا يجوز أكله الا أن يذكى ، وهو قول ربيعة والليث .

قال أحمد : لعل مالك لم يسمع حديث رافع بن خديج ، واحتج لمالك بأن الحيوان الانسى اذا توحش لم يثبت له حكم الوحش بدليل أنه لا يجب على المحرم الجزاء بقتله ولا يصير الحمار الاهلي مباحا اذا توحش .

ولنا ما روى رافع بن خديج قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فند بعير وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فأعيام فأهوى اليه رجل بسهم فحبسه الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم « ان لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما غلبكم منها

فاصنعوا به هكذا ، وفي لفظ « فمأند عليكم فاصنعوا به هكذا ، متفق عليه وحرب ^(١) ثور في بعض دور الانصار فضربه رجل بالسيف وذكر اسم الله عليه فسئل عنه على فقال ذكاة وحية ^(٢) فأمرهم بأكله وتردى بعير في بئر فذكي من قبل شاكلته فبيع بعشرين درهما فأخذ ابن عمر عشرة بدرهمين ولأن الاعتبار في الذكاة بحال الحيوان وقت ذبحه لا بأصله بدليل الوحشي اذا قدر عليه وجبت تذكيته في الحلق واللثة ، وكذلك الاهلي اذا توحش يعتبر بحاله ، وبهذا فارق ما ذكره فاذا تردى فلم يقدر على تذكيته فهو معجوز عن تذكيته فأشبه الوحشي فأما ان كان رأس المتردى في الماء لم يبيح لان الماء يعين على قتله فيحصل قتله بمبيع وحاضر فيحرم كما لو جرحه مسلم ومجوسي .

« مسأله ، قال (والمسلم والكتابي في كل ما وصفت سواء)

يعني في الاصطلياد والذبح ، وأجمع أهل العلم على إباحة ذبائح أهل الكتاب لقول الله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) يعني ذبائحهم ، قال البخاري ، قال ابن عباس « طعامهم ذبائحهم » وكذلك قال مجاهد وقتادة ، وروى معناه عن ابن مسعود وأكثر أهل العلم يرون إباحة صيدهم أيضا قال ذلك عطاء والليث والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحدا حرم صيد أهل الكتاب الا مالكا أباح ذبائحهم وحرم صيدهم ، ولا يصح لأن صيدهم من طعامهم فيدخل في عموم الآية ولان من حلت ذبيحته حل صيده كالمسلم .

(فصل) ولا فرق بين العدل والفاسق من المسلمين وأهل الكتاب ، وعن ابن عباس رضي الله عنه لا تؤكل ذبيحة الاقلاف ، وعن أحمد مثله والصحيح إباحته وإنه مسلم فأشبهه سائر المسلمين واذا أبيحت ذبيحة القاذف والزاني وشارب الخمر مع تحقق فسقه وذبيحة النصراني وهو كافر أقلف فالمسلم أولى .

(فصل) ولا فرق بين الحربي والذمي في إباحة ذبيحة الكتابي منهم وتحريم

(١) بفتح أوله وكسر ثانيه على الفعل الماضي أي اشتد غضبه .

(٢) بكسر الحاء وفتح الياء المشددة .

ذبيحة من سواه ، وسئل أحمد عن ذبائح نصارى أهل الحرب فقال لا بأس بها ،
حديث عبد الله بن مغفل في الشحم ، قال اسحاق أجاد ، وقال ابن المنذر أجمع على
هذا كل من تحفظ عنه من أهل العلم منهم مجاهد والثوري والشافعي وأحمد
واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا فرق بين الكتابي العربي وغيره إلا أن في
نصارى العرب اختلافا ذكرناه في باب الجزية وسئل مكحول عن ذبائح العرب
فقال أما بهرا وتنوخ وسنيح فلا بأس وأما بنو تغلب فلا خير في ذبائحهم والصحيح
إباحة ذبائح الجميع لعموم الآية فيهم .

(فصل) فإن كان أحد أبوى الكتابي ممن لا تحل ذبيحته والآخر ممن تحل
ذبيحته فقال أصحابنا لا يحل صيده ولا ذبيحته ، وبه قال الشافعي إذا كان الأب
غير كتابي ، وإن كان الأب كتابيا ففيه قولان .
أحدهما : تباع وهو قول مالك وأبي ثور .

والثاني : لا تباع لأنه وجد ما يقتضي التحريم والإباحة فغلب ما يقتضي التحريم
كما لو جرحه مسلم ومجوسى وبيان وجود ما يقتضي التحريم أن كونه ابن مجوسى
أو وثنى يقتضى تحريم ذبيحته ، وقال أبو حنيفة : تباع ذبيحته بكل حال لعموم
النص ولأنه كتابي بقر على دينه فتحل ذبيحته كما لو كان ابن كتابيين وأما أن كان
ابن وثنيين أو مجوسيين فمقتضى مذهب الأئمة الثلاثة تحريمه ، ومقتضى مذهب
أبي حنيفة حله لأن الاعتبار بدين الذابح لا بدين أبيه بدليل أن الاعتبار في قبول
الجزية بذلك وعموم النص والقياس .

(فصل)

فأما ما ذبحوه لكنائسهم وأعيادهم فننظر فيه فإن ذبحه لهم مسلم فهو مباح
نص عليه ، وقال أحمد وسفيان الثوري في المجوسى يذبح لإلهه ويدفع الشاة إلى المسلم
يذبحها فيسمى : يجوز ألا كل منها :

وقال إسماعيل بن سعيد سألت أحمد عما يقرب لألهتهم يذبحه رجل مسلم قال
لا بأس به وإن ذبحها الكتابي وسمى الله وحده حلت أيضا لأن شرط الحل وجد
وإن علم أنه ذكر اسم غير الله عليها أو ترك التسمية عمدا لم تحل .

قال حنبل سمعت أبا عبد الله قال لا يؤكل ما ذبح لأعيادهم وكنائسهم لأنه أهل لغير الله به ، وقال في موضع يدعون التسمية على عمد إنما يذبحون للسيح فأما ما سوى ذلك فرويت عن أحمد الكراهة فيما ذبح لكنائسهم وأعيادهم مطلقا ، وهو قول ميمون بن مهران لأنه ذبح لغير الله .

وروى عن أحمد إباحته ، وسئل عنه العرباض بن سارية فقال كلوا وأطعموني وروى مثل ذلك عن أبي أمامة الباهلي وأبي مسلم الخولاني وأكله أبو الدرداء وجبير ابن نفير ورخص فيه عمرو بن الأسود ومكحول وضمرة بن حبيب لقول الله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) وهذا من طعامهم .

قال القاضي : ما ذبحه الكتابي لعبده أو نجم أو صنم أو نبي فسماه على ذبيحته حرم لقوله تعالى : وما أهل لغير الله به (وإن سمي الله وحده حل لقول الله تعالى : فكلوا مما ذكر اسم الله عليه ، لكنه يكره لقصده بقلبه الذبح لغير الله .

« مسألة ، قال (ولا يؤكل ما قتل بالبندق أو الحجر لأنه موقوذ)

يعني الحجر الذي لا حذله ، فأما المحدد كالصوان فهو كالمعراض إن قتل بحده أبيع وإن قتل بعرضه أو ثقله فهو وقيد لا يباح ، وهذا قول عامة الفقهاء ، وقال ابن عمر في المقتولة بالبندق تلك الموقوذة وكره ذلك سالم والقاسم ومجاهد وعطاء والحسن وإبراهيم ومالك والثوري والشافعي وأبو ثور ورخص فيها قتل بها ابن المسيب ، وروى أيضا عن عمار وعبد الرحمن بن أبي ليلى .

ولنا قول الله تعالى (والموقوذة) وروى سعيد بإسناده عن إبراهيم عن عدي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ولا تأكل من البندقة إلا ما ذكبت » وقال في المعراض « إذا أصيب بعرضه فقتل فإنه وقيد » .

وقال عمر ليبتق أحدكم أن يحذف الأرنب بالعصا والحجر ثم قال وليبذك لكم الأسل الرماح والنبل .

إذا ثبت هذا : فسواء شذخه أو لم يشذخه حتى لو رماه ببندقة فقطعت حلقوم طائر ومريئة أو أطارت رأسه لم يخل ، وكذلك إن فعل ذلك بحجر غير محدد .

« مسأله ، قال (ولا يؤكل صيد المجوسى وذبيحته إلا ما كان من حوت

فانه لا ذكاة له)

أجمع أهل العلم على تحريم صيد المجوسى وذبيحته إلا مالا ذكاة له ، كالسمك
والجراد فإنهم أجمعوا على إباحته غير أن مالك والليث وأبا ثور شذوا عن الجماعة
وأفرطوا . فأما مالك والليث فقالا : لا نرى أن نأكل الجراد اذا صاده المجوسى
ورخصا فى السمك ، وأبو ثور أباح صيده وذبيحته لقول النبى صلى الله عليه وسلم
« سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، ولأنهم يقرون بالجزية فيباح صيدهم وذبايحهم
كاليهود والنصارى . واحتج برواية عن سعيد بن المسيب وهذا قول يخالف الاجماع
فلا عبرة به ، قال ابراهيم الحربي : خرق ابو ثور الاجماع . قال أحمد : همنا قوم
لا يرون بذبايح المجوس بأسا ، ما أعجب هذا ؟ يعرض بأبى ثور

ومن رويت عنه كراهية ذبايحهم ابن مسعود وابن عباس وعلى وجابر وأبو بردة
وسعيد بن المسيب وعكرمة والحسن بن محمد وعطاء ومجاهد وعبد الرحمن بن ابى ليلي
وسعيد بن جبير ومرة الهذاني والزهرى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب
الرأى . قال أحمد : ولا أعلم أحدا قال بخلافه إلا أن يكون صاحب بدعة ، ولأن
الله تعالى قال (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) ففهموه تحريم طعام غيرهم
من الكفار ولأنهم لا كتاب لهم فلم تحل ذبايحهم كأهل الاوثان

وقد روى الامام احمد بإسناده عن قيس بن سكين الاسدى قال : قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم « إنكم نزلتم بفارس من النبط فإذا اشتريتم لحما فإن كان من
يهودى أو نصرانى فكلوا ، وإن كانت ذبيحة مجوسى فلا تأكلوا ، ولأن كفرهم
مع كونهم غير أهل كتاب يقتضى تحريم ذبايحهم ونسائهم بدليل سائر الكفار من
غير أهل الكتاب ، وإنما أخذت منهم الجزية ، لأن شبهة الكتاب تقتضى التحريم
لدمائهم فلما غلبت فى التحريم لدمائهم فيجب أن يغلب عدم الكتاب فى تحريم
الذبايح والنساء احتياطا للتحريم فى الموضعين ، ولأنه إجماع فانه قول من سمينا
ولا يخالف لهم فى عصرهم ولا فيما بعدهم إلا رواية عن سعيد روى عنه خلافا

ولا خلاف في إباحة ما صادوه من الحيتان . حكى عن الحسن البصري أنه قال :
 رأيت سبعين من الصحابة يأكلون صيد المجوسى من الحيتان لا يختلج في صدورهم
 شيء من ذلك ، رواه سعيد بن منصور ، والجراد كالحيتان في ذلك لأنه لا ذكاة له
 ولأنه تباح ميتته فلم يحرم بصيد المجوسى كالحوت

(فصل) وحكم سائر الكفار من عبدة الاوثان والزنادقة وغيرهم حكم المجوس
 في تحريم ذبائحهم وصيدهم الا الحيتان والجراد وسائر ما تباح ميتته فان ما صادوه
 مباح لأنه لا يزيد بذلك عن موته بغير سبب ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم
 « أحلت لنا ميتتان السمك والجراد » وقال في البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته »

فصل

قال أحمد : وطعام المجوس ليس به بأس ان يؤكل وإذا أهدى اليه ان يقبل
 إنما تكره ذبائحهم أو شيء فيه دسم — يعنى من اللحم — ولم ير بالسمن والخبز
 بأساً وسئل عما يصنع المجوس لامواتهم ويؤمزمون عليهم أياماً عشرًا ثم يقتسمون
 ذلك في الجيران ، قال لا بأس بذلك . وعن الشعبي : كل مع المجوسى وان زمزم
 وروى أحمد أن سعيد بن جبير كان يأكل من كواميخ المجوس وأعجبه
 ذلك . وروى هشام عن الحسن أنه كان لا يرى بأساً بطعام المجوس فى المصر
 ولا بشواربهم ولا بكواميخهم .

« مسأله ، قال (وكذلك كل ما مات من الحيتان فى الماء وان طفا)

قوله طفا : يعنى ارتفع على وجه الماء . قال عبد الله بن رواحة

وأن العرش فوق الماء طاف وفوق العرش رب العالمينا

وجملة ذلك أن السمك وغيره من ذوات الماء التى لا تعيش الا فيه اذا ماتت
 فهى حلال سواء ماتت بسبب أو غير سبب لقول النبي صلى الله عليه وسلم فى
 البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » قال أحمد : هذا خير من مائة حديث ، وأما
 مامات بسبب ، مثل ان صاده إنسان أو نبذه البحر أو جزر عنه فان العلماء أجمعوا

على إباحته ، وكذلك ما حبس في الماء بحظيرة حتى يموت فلا خلاف أيضا في حله .
قال أحمد الطافى يؤكل وما جزر عنه الماء أجود والسماك الذى نبذه البحر لم يختلف
الناس فيه ، وإنما اختلفوا في الطافى وليس به بأس .

ومن أباح الطافى من السمك أبو بكر الصديق وأبو أيوب رضى الله عنهما ،
وبه قال مالك والشافعى .

ومن أباح ما وجد من الحيتان عطاء ومكحول والثورى والنخعى وكره الطافى
جابر وطاوس وابن سيرين وجابر بن زيد وأصحاب الراى لأن جابراً قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما مات فيه
فطفأ فلا تأكلوه ، رواه أبو داود .

ولنا قول الله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم والسيارة) قال
ابن عباس : طعامه ما مات فيه وأيضا الحديث الذى قدمناه وقال أبو بكر الصديق
(رضى) الطافى حلال ولأنه لو مات في البر أبيع فإذا مات في البحر أبيع كالجراد
فأما حديث جابر فإنه هو موقوف عليه ، كذلك قال أبو داود رواه الثقات
فأوقفوه على جابر وقد أسند من وجه ضعيف وإن صح فتحمله على نهى الكراهة
لأنه إذا مات رسب في أسفله فإذا أتين طفا فكرهه لنتنه لا لتحريمه .

(فصل) يباح أكل الجراد ياجماع أهل العلم ، وقد قال عبد الله بن أبي أوفى :
غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع غزوات فأكل الجراد رواه البخارى
وأبو داود ، ولا فرق بين أن يموت بسبب أو بغير سبب في قول عامة أهل العلم
منهم الشافعى وأصحاب الحديث وأصحاب الراى وابن المنذر .

وعن أحمد أنه إذا قتله البرد لم يؤكل وعنه لا يؤكل إذا مات بغير سبب وهو
قول مالك ويروى أيضا عن سعيد بن المسيب .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : أحلت لنا ميتتان ودمان ، فالميتتان السمك
والجراد ، ولم يفصل ولأنه تباح ميتته فلم يعتبر له سبب كالسمك ولأنه لو افتقر إلى
سبب لافتقر إلى ذبح وذابح وآلة كبهيمة الأنعام .

(فصل) ويباح أكل الجراد بما فيه وكذلك السمك يجوز أن يقلى من
غير أن يشق بطنه ، وقال أصحاب الشافعى في السمك لا يجوز لأن رجليه نجس .

ولنا عموم النص في إباحته وما ذكره غير مسلم ، وإن بلع إنسان شيئاً منه حياً كره لأن فيه تعذيباً له .

(فصل : وسئل أحمد عن السمك يلقى في النار فقال ما يعجبني ، والجراد فقال ما يعجبني والجراد أسهل فإن هذا له دم ولم يكره أكل السمك إذا ألقى في النار إنما كره تعذيبه بالنار .

وأما الجراد فسهل في إلقائه لأنه لا دم له ولأن السمك لا حاجة إلى إلقائه في النار لإمكان تركه حتى يموت بسرعة والجراد لا يموت في الحال بل يبقى مدة طويلة ، وفي مسند الشافعي أن كعباً كان محرماً فمات به رجل من جراد فقتل وأخذ جرادتين فإلقاهما في النار وشواهما وذكر ذلك لعمر فلم ينكر عمر تركهما في النار ، وذكر له حديث ابن عمر : كان الجراد يلقى له فقال إنما يؤخذ الجراد فتقطع أجنحته ثم يلقى في الزيت وهو حي .

• مسألة ، قال : وذكاة المقدور عليه من الصيد والآنعام في الحلق واللثة (

قد ذكرنا حكم المعجوز عنه من الصيد والآنعام ، فأما المقدور عليه منهما فلا يباح إلا بالزكاة بلا خلاف بين أهل العلم ، وتفتقر الزكاة إلى خمسة أشياء ذابح وآلة ومحل وفعل وذكر ، أما الذابح فيعتبر له شرطان : دينه وهو كونه مسلماً أو كتابياً وعقله وهو أن يكون ذا عقل يعرف الذبح ليقصد فإن كان لا يعقل كالطفل الذي لا يميز والمجنون والسكران لم يحل ما ذبحه لأنه لا يصح منه القصد فأشبهه ما لو ضرب إنساناً بالسيف فقطع عنقه شاة .

وأما الآلة : فلها شرطان .

أحدهما : أن تكون محددة تقطع أو تخرق بحدما لا بثقلها .

والثاني : أن لا تكون سناً ولا ظفراً فإذا اجتمع هذان الشرطان في شيء حل الذبح به سواء كان حديداً أو حجراً أو بلطه أو خشباً لقول النبي (ص) « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سناً أو ظفراً » متفق عليه .

وعن عدي بن حاتم قال : قلت يا رسول الله أرأيت أن أجدنا أصاب صيداً ولبس معه سكين أذبج بالمرورة وشقة العصا ؟ فقال : « أمرر الدم بما شئت واذكر

اسم الله ، والمروة الصوان ، وعن رجل من بني حارثة أنه كان يرعى لقعة فأخذها الموت فلم يجد شيئاً يذبحها به فأخذ وتدا فوجأها به في لبتها حتى أهرىق دمها ثم جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأمره بأكلها رواه أبو داود وبهذا قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور ونحوه قول مالك وعمر بن دينار ، وبه قال أبو حنيفة إلا في السن والظفر قال إذا كانا متصلين لم يجز الذبح بهما وإن كانا منفصلين جاز .
ولنا عموم حديث رافع ولأن ما لم تجز الزكاة به متصلاً لم تجز منفصلاً كغير المحدد ، وأما العظم غير السن فمقتضى إطلاق قول أحمد والشافعي وأبي ثور إباحة الذبح به ، وهو قول مالك وعمر بن دينار وأصحاب الرأي .

وقال ابن جريج يذكي بعظم الحمار ولا يذكي بعظم القرد لأنك تصلي على الحمار وتسقيه في جفنتك ، وعن أحمد لا يذكي بعظم ولا ظفر .

وقال النخعي : لا يذكي بالعظم والقرن ، ووجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا » ليس السن والظفر وسأحدثكم عن ذلك ، أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة ، فعلة بكونه عظماً فكل عظم فقد وجدت فيه العلة والاول أصح إن شاء الله تعالى لأن العظم دخل في عموم اللفظ المبيح ثم استثنى السن والظفر خاصة فيبقى سائر العظام داخلاً فيما يباح الذبح به والمنطوق مقدم على التعليل ولهذا علل الظفر بكونه من مدى الحبشة ولا يحرم الذبح بالسكين وإن كانت مدية لهم ولأن العظام يتناولها سائر الأحاديث العامة ويحصل بها المقصود فأشبهت سائر الآلات ، وأما المحل فالحلق واللثة وهي الوهدة التي بين أصل العنق والصدر ولا يجوز الذبح في غير هذا المحل بالإجماع ، وقد روى في حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الذكاة في الحلق واللثة » .

قال أحمد : الذكاة في الحلق واللثة واحتج بحديث عمر وهو ما روى سعيد والأثرم بإسنادهما عن الفرافصة ، قال : كنا عند عمر فنأدى أن النحر في اللثة والحلق لمن قدر وإنما نرى أن الذكاة اختصت بهذا المحل لأنه يجمع العروق فتتسفع بالذبح فيه الدماء السيالة ويسرع زهوق النفس فيكون أطيب للحم وأخف على الحيوان .

قال أحمد لو كان حديث أبي العشراء حديثاً يعني ما روى أبو العشراء عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل أما تكون الذكاة إلا في الحلق واللبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لو طعنت في فخذهما لأجزأ عنك»، قال أحمد أبو العشراء هذا ليس بمعروف، وأما الذكر فالتسميه وقد مر ذكرها، وأما الفعل فيعتبر قطع الحلقوم والمرى. وبهذا قال الشافعي.

وعن أحمد رواية أخرى: أنه يعتبر مع هذا قطع الودجين، وبه قال مالك وأبو يوسف لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شريطة الشيطان وهي التي تذبح فتقطع الجلد ولا تقري الأوداج ثم ترك حتى تموت»، رواه أبو داود، وقال أبو حنيفة يعتبر قطع الحلقوم والمرى وأحد الودجين ولا خلاف في أن الأكل قطع الأربعة الحلقوم والمرى والودجين فالحلقوم مجرى النفس والمرى وهو مجرى الطعام والشراب والودجان وهما عرقان محيطان بالحلقوم لأنه أسرع لخروج روح الحيوان فيخف عليه ويخرج من الخلاف فيكون أولى، والاول يجزى. لأنه قطع في محل الذبح ما لا تبقى الحياة مع قطعه فأشبه ما لو قطع الأربعة.

«مسألة، قال: ويستحب أن ينحر البعير ويذبح ما سواه»

لا خلاف بين أهل العلم في أن المستحب نحر الإبل وذبح ما سواها، قال الله تعالى (فصل لربك وانحر) وقال الله تعالى (إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة) قال مجاهد: أمرنا بالنحر وأمر بنو إسرائيل بالذبح، فإن النبي صلى الله عليه وسلم بعث في قوم ماشيتهم الإبل فسن النحر وكانت بنو إسرائيل ماشيتهم البقر فأمروا بالذبح وثبت «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بدنة وضحى بكبشين أقرنين ذبحهما بيده، متفق عليه، ومعنى النحر أن يضربها بحربة أو نحوها في الوهدة التي بين أصل عنقها وصدرها.

(فصل) ويسن الذبح بسكين حاد لما روى أبو داود عن شداد بن أوس قال خصلتان سمعتهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح وليحد أحدكم شفرته

وليرح ذبيحته ، ويكره أن يسن السكين والحيوان يبصره ورأى عمر رجلا قد وضع رجله على شاة وهو يحمد السكين فضربه حتى اقلت الشاة ، ويكره أن يذبح شاة والأخرى تنظر اليه ، ويستحب أن يستقبل بها القبلة واستحب ذلك ابن عمر وابن سيرين وعطاء والثوري والشافعي واصحاب الرأي ، وكره ابن عمر وابن سيرين أكل ما ذبح لغير القبلة ، وقال سائرهم ليس ذلك مكروها لان اهل الكتاب يذبحون لغير القبلة وقد احل الله ذبائحهم .

(فصل)

قال احمد : ولا تؤكل المصبورة ولا المجثمة وبه قال إسحاق ، والمجثمة هي الطائر او الارنب يجعل غرضا ثم يرمى حتى يقتل والمصبورة مثله إلا ان المجثمة لا تكون الا في الطائر والارنب واشباهها والمصبورة كل حيوان ، واصل الصبر الحبس ؛ والاصل في تحريمه ان النبي (ص) نهى عن صبر البهائم وقال : لا تتخذوا شيئا فيه الروح غرضا .

وروى سعيد بإسناده عن أبي الدرداء قال : نهى رسول الله (ص) عن كل مجثمة ، وإسناده عن مجاهد قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المجثمة وعن أكلها ونهى عن المصبورة وعن أكلها ، ولانه حيوان مقدور عليه فلم يبح بغير الذكاة كالبعير والبقرة .

• مسأله ، قال (فإن ذبح ما ينحر او نحر ما يذبح فجائز)

هذا قول اكثر اهل العلم منهم عطاء والزهرى وقتادة ومالك والليث والثوري وابو خنيفة والشافعي واسحاق وابو ثور ، وحكى عن داود ان الإبل لا تباح إلا بالنحر ولا يباح غيرها إلا بالذبح لان الله تعالى قال (إن الله يأمركم ان تذبحوا بقرة) والامر يقتضى الوجوب ، وقال تعالى (فصل لربك وانحر) ولان النبي (ص) نحر البدن وذبح الغنم وانما تؤخذ الاحكام من جهته ، وحكى عن مالك انه لا يجزىء في الإبل الا النحر لان اعناقها طويلة فاذا ذبح تعذب بخروج روحه ، قال ابن المنذر : إنما كرهه ولم يحرمه .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : امرر الدم بما شئت ، وقالت أسماء نحرنا

فرساً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكلناه ونحن بالمدينة ، وعن عائشة قالت : نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع بقرة واحدة ، ولأنه ذكاة في محل الذكاة فجاز أكله كالحیوان الآخر .

« مسألة ، قال (وإذا ذبح فأتى على المقاتل فلم تخرج الروح حتى وقعت في الماء أو وطئ عليها شيء لم تؤكل)

يعني إذا وطئ عليها شيء يقتلها مثله غالباً ، وهذا الذي ذكره الحرقى نص عليه أحمد . وقال أكثر أصحابنا المتأخرين لا يحرم بهذا ، وهو قول أكثر الفقهاء لأنها إذا ذبحت فقد صارت في حكم الميت ، وكذلك لو أبين رأسها بعد الذبح لم تحرم نص عليه أحمد ، ولو ذبح إنسان ثم ضرب آخر عنقه أو غرقه لم يلزمه قصاص ولا دية ، ووجه قول الحرقى قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عدى بن حاتم « وإن وقعت في الماء فلا تأكل ،

وقال ابن مسعود : من رمى طائراً فوق في الماء فغرق فيه فلا تأكله ، ولأن الغرق سبب يقتل فإذا اجتمع مع الذبح فقد اجتمع ما يبيع ويحرم فيغلب الحظر ، ولأنه لا يؤمن أن يعين على خروج الروح فتكون قد خرجت بفعلين مبيع ومحرم فاشبه ما لو وجد الأمران في حال واحدة أو رماه مسلم وجوسي فمات .

« مسألة ، قال (وإذا ذبحها من قفاها وهو مخطئ فأتى السكين على موضع ذبحها وهي في الحياة أكلت)

قال القاضى : معنى الخطأ أن تلتوى الذبيحة عليه فتأتى السكين على القفا لأنها مع التوائها معجوز عن ذبحها في محل ذبحها فسقط اعتبار المحل كالتردية في بئر ، فأما مع عدم التوائها فلا تباح بذلك لأن الجرح في القفا سبب للزهوق وهو في غير محل الذبح ، فإذا اجتمع مع الذبح منع حله كما لو بقر بطنها . وقد روى عن أحمد ما يدل على هذا المعنى ، فإن الفضل بن زياد قال : سألت أبا عبد الله عمن ذبح في القفا ، قال عامداً أو غير عامد ؟ قلت عامداً ، قال لا تؤكل ، فإذا كان غير عامد كان التوى عليه فلا بأس .

❦ فصل ❦

فإن ذبحها من قفاها اختياراً فقد ذكرنا عن أحمد أنها لا تؤكل ، وهو مفهوم كلام الخرقى ، وحكى هذا عن علي وسعيد بن المسيب ومالك وإسحاق ، قال إبراهيم النخعي تسمى هذه الذبيحة القفينة .

وقال القاضي : إن بقيت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقة والمريء حلت وإلا فلا ويعتبر ذلك بالحركة القوية ، وهذا مذهب الشافعي ، وهذا أصح لأن الذبح إذا أتى على ما فيه حياة مستقرة أحله كأكلة السبع والمتردية والنطيحة ، ولو ضرب عنقها بالسيف فأطار رأسها حلت بذلك ، نهر عليه أحمد فقال : لو أن رجلاً ضرب رأس بطة أو شاة بالسيف يريد بذلك الذبيحة كان له أن يأكله .

وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : تلك ذكاة وحية ، وأفتى بأكلها عمران ابن حصين ، وبه قال الشعبي وأبو حنيفة والثوري ؛ وقال أبو بكر لأبي عبد الله فيها قولان والصحيح أنها مباحة لأنه اجتمع قطع ما تبقى الحياة معه مع الذبح فأبيح كما ذكرنا مع قول من ذكرنا قوله من الصحابة من غير مخالف .

(فصل) فإن ذبحها من قفاها فلم يعلم هل كانت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقة والمريء أو لا ؟ نظرت فإن كان الغالب بقاء ذلك لحدة الآلة وسرعة القتل فالأولى إباحته لأنه بمنزلة ما قطعت عنه بضربة السيف ، وإن كانت الآلة كالة وأبطأ قطعه وطال تعذيبه لم يبيح لأنه مشكوك في وجود ما يحله فيحرم ، كما لو أرسل كلبه على الصيد فوجد معه كلباً آخر لا يعرفه :

« مسألة ، قال (وذكاتها ذكاة جنينها ، أشعر أو لم يشعر)

يعنى إذا خرج الجنين ميتاً من بطن أمه بعد ذبحها أو وجدته ميتاً في بطنها أو كانت حركته بعد خروجه كحركة المذبوح فهو حلال ، روى هذا عن عمر وعلي وبه قال سعيد بن المسيب والنخعي والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وقال ابن عمر ذكاته ذكاة أمه إذا أشعر ، وروى ذلك عن عطاء وطاوس ومجاهد والزهرى والحسن وقتادة ومالك والليث والحسن بن صالح وأبي ثور ، لأن عبد الله بن كعب ابن مالك قال : كان أصحاب رسول الله (ص) يقولون . إذا أشعر الجنين

فذكاته ذكاة أمه، وهذا إشارة إلى جميعهم فكان إجماعاً، وقال أبو حنيفة: لا يحل إلا أن يخرج حياً فيذكي لأنه حيوان ينفرد بحياته فلا يتذكي بذكاة غيره كما بعد الوضع. قال ابن المنذر: كان الناس على إباحته لا نعلم أحداً منهم خالف ما قالوا إلى أن جاء النعمان فقال لا يحل لأن ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين.

ولنا ما روى أبو سعيد قال: قيل يا رسول الله إن أحدنا ينحر الناقة ويذبح البقرة والشاة فيجد في بطنها الجنين أناكله أم نلقيه؟ قال وكلوه إن شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه.

وعن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ذكاة الجنين ذكاة أمه، رواها أبو داود، ولأن هذا إجماع من الصحابة ومن بعدهم فلا يعول على ما خالفه ولأن الجنين متصل بها اتصال خلقه يتغذى بغذائها فتكون ذكاته ذكاتها كأعضائها ولأن الذكاة في الحيوان تختلف على حسب الامكان فيه والقدره بدليل الصيد الممتنع والمقدور عليه والمتردية: والجنين لا يتوصل إلى ذبحه بأكثر من ذبح أمه فيكون ذكاة له.

(فصل) واستحب أبو عبد الله أن يذبحه وإن خرج ميتاً ليخرج الدم الذي في جوفه، ولأن ابن عمر كان يعجبه أن يريقوا من دمه وإن كان ميتاً.

(فصل) وإن خرج حياً حياة مستقرة يمكن أن يذكي فلم يذكه حتى مات فليس يذكي. قال أحمد: إن خرج حياً فلا بد من ذكاته لأنه نفس أخرى.

«مسألة» قال (ولا يقطع عضو مما ذكي حتى تزهرق نفسه)

كره ذلك أهل العلم منهم عطاء وعمر وبن دينار ومالك والشافعي، ولا نعلم لهم مخالفاً، وقد قال عمر رضي الله عنه: لا تعجلوا إلا نفس حتى تزهرق فإن قطع عضو قبل زهوق النفس وبعد الذبح فالظاهر إباحته فإن أحمد سئل عن رجل ذبح دجاجة فأبان رأسها قال يأكلها: قيل له والذي بان منها أيضاً؟ قال نعم. قال البخاري، قال ابن عمر وابن عباس: إذا قطع الرأس فلا بأس به، وبه قال عطاء والحسن والنخعي والشعبي والزهري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لأن قطع ذلك العضو بعد حصول الذكاة فأشبه ما لو قطعه بعد الموت.

فصل

ويكره سلبخ الحيوان قبل أن يبرد لأن فيه تعذيباً للحيوان فهو كقطع العضو ويكره النفخ في اللحم الذي يريد للبيع لما فيه من الغش
(فصل) وان قطع من الحيوان شيء وفيه حياة مستقرة فهو ميتة ، لما روى أبو واقد قال : قال رسول الله (ص) « ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة » رواه أبو داود ، ولأن إباحته إنما تكون بالذبح وليس هذا بذبح
« مسئلة » قال (وذبيحة من أطاق الذبح من المسلمين وأهل الكتاب حلال إذا سموا أو نسوا التسمية)

وجملة ذلك أن كل من أمكنه الذبح من المسلمين وأهل الكتاب إذا ذبح حل أكل ذبيحته رجلاً كان أو امرأة بالغاً أو صبياً حراً أو عبداً لا تعلم في هذا خلافاً ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إباحة ذبيحة المرأة والصبي .

وقد روى أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى غنماً بسلع فأصيبت شاة منها فأدركتها فذكتها بحجر ، فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال « كلوها » متفق عليه . وفي هذا الحديث فوائد سبع

أحدها : إباحة ذبيحة المرأة ، والثاني إباحة ذبيحة الامة ، والثالثة إباحة ذبيحة الحائض لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يستفصل ، والرابعة إباحة الذبح بالحجر ؛ والخامسة إباحة ذبح ما خيف عليه الموت ، والسادسة حل ما يذبحه غير مالكة بغير أذنه ، والسادسة إباحة ذبحه لغير مالكة عند الخوف عليه ؛ ويشترط أن يكون عاقلاً ، فإن كان طفلاً أو مجنوناً أو سكراناً لا يعقل لم يصح منه الذبح . وبهذا قال مالك . وقال الشافعي : لا يعتبر العقل ، وله فيما إذا أرسل المجنون الكلب على صيد وجهان .

ولنا أن الذكاة يعتبر لها القصد فيعتبر لها العقل كالعبادة ، فإن من لا عقل له لا يصح منه القصد فيصير ذبحه كما لو وقعت الحديد بنفسها على حلق شاة فذبحتها وقوله إذا سموا أو نسوا التسمية فالتسمية مشروطة في كل ذابح مع العمد سواء كان مسلماً أو كتابياً فإن ترك الكتابي التسمية عن عمد أو ذكر اسم غير الله لم تحل ذبيحته

روى ذلك عن علي ، وبه قال النخعي والشافعي وحماد وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال عطاء ومجاهد ومسكحول إذا ذبح النصراني باسم المسيح حل فإن الله تعالى أحل لنا ذبيحته وقد علم أنه سيقول ذلك .

ولنا قول الله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه (وقوله) وما أهل لغير الله به (والآية أريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم ، فإن لم يعلم أسمى الذابح أم لا ؟ أو ذكر اسم غير الله أم لا ؟ فذبيحته حلال لأن الله تعالى أباح لنا أكل ما ذبحه المسلم والكتابي وقد علم أننا لا نقف على كل ذابح .
وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنهم قالوا يا رسول الله ان قوما حديثو عهد بشرك يأتوننا بلحم لا ندرى أذكروا اسم الله عليه أو لم يذكروا ؟ قال « سموا أنتم وكلوا » أخرجه البخاري .

(فصل) وإذا ذبح الكتابي ما حرم الله عليه مثل كل ذي ظفر — قال قتادة هي الابل والنعام والبط وما ليس بمشقوق الأصابع — أو ذبح دابة لها شحم محرم عليه فظاهر كلام أحمد والحرقي إباحته فإن أحمد حكى عن مالك في اليهودي يذبح الشاة . قال لا يأكل من شحمها

قال أحمد هذا مذهب دقيق ، وظاهر هذا أنه لم يره صحيحا ، وهذا اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وذهب أبو الحسن التيمي والقاضي إلى تحريمها وحكاة التيمي عن الضحاك ومجاهد وسوار ، وهو قول مالك لأن الله تعالى قال (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) وليس هذا من طعامهم ولأنه جزء من البهيمة لم يبيع لذابحها فلم يبيع لغيره كالدم .

ولنا ما روى عبد الله بن مغفل قال « دلى جراب من شحم من قصر خبير فنزوت لأخذه فإذا رسول الله (ص) يتبسم إلى ، متفق عليه ؛ ولأنها ذكاة أباحت اللحم والجلد فأباحت الشحم كذكاة المسلم ، والآية حجة لنا فإن معنى طعامهم ذبائحهم . كذلك فسره العلماء وقياسهم ينتقض بما ذبحه الغاصب (فصل) وإن ذبح شيئا يزعم أنه محرم عليه ولم يثبت أنه محرم عليه فهو حلال لعموم الآية وقوله إنه حرام غير مقبول .

« مسألة ، قال (فان كان أخرس أو ما الى السماء) »

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إباحة ذبيحة الأخرس ، منهم الليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، وهو قول الشعبي وقتادة والحسن بن صالح .

إذا ثبت هذا : فإنه يشير الى السماء لأن إشارته تقوم مقام نطق الناطق وإشارته الى السماء تدل على قصده تسمية الذي في السماء ونحو هذا قال الشعبي ، وقد دل على هذا حديث أبي هريرة أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم بجارية أعجمية فقال يا رسول الله ان على رقبة مؤمنة أفاعتق هذه ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « أين الله ؟ » فأشارت الى السماء فقال « من أنا ؟ » فأشارت بأصبعها الى رسول الله (ص) والى السماء أى أنت رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أعتقها فإنها مؤمنة » رواه الإمام أحمد والقاضى البرقى فى مسنديهما ، فحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بإيمانها بإشارتها الى السماء تريد أن الله سبحانه فيها فأولى أن يكتفى بذلك علماً على التسمية ولو أنه أشار إشارة تدل على التسمية وعلم ذلك كان كافياً .

« مسألة ، قال (وان كان جنباً جاز أن يسمى ويذبح) »

وذلك أن الجنب تجوز له التسمية ولا يمنع منها لأنه إنما يمنع من القرآن لا من الذكر ولهذا تشرع له التسمية عند اغتساله وليست الجنابة أعظم من الكفر والكافر يسمى ويذبح ، ومن رخص فى ذبح الجنب الحسن والحكم والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الراى ، قال ابن المنذر . ولا أعلم أحداً منع من ذلك ، وتباح ذبيحة الحائض لأنها فى معنى الجنب .

(فعمل) والمذخنة والموقوذة والمزدية والنطيحة وأكيلة السبع وما أصابها مرض فماتت به محرمة الا ان تدرك ذكاتها لقوله تعالى (الا ما ذكيتتم) .

وفى حديث جارية كعب أنها أصيبت شاة من غنمها فأدركتها فذبحتها بهجر فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال « كلوها » فإن كانت لم يبق من حياتها الا مثل

حركة المذبوح لم تبح بالذكاة لانه لو ذبح ماذبحه المجوسى لم يبح ، وان أدركها وفيها حياة مستقرة بحيث يمكنه ذبحها حلت لعموم الاية والخبر ، وسواء كانت قد انتهت الى حال يعلم أنها لا تعيش معه أو تعيش لعموم الاية والخبر ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأل ولم يستفصل .

وقد قال ابن عباس فى ذئب عدا على شاة فعقرها فوقع قصيبها بالارض فأدركها فذبحها بهجر قال يلقي ما أصاب الارض ويأكل سائرها .

وقال أحمد فى بهيمة عقرت بهيمة حتى تبين فيها آثار الموت الا ان فيها الروح يعنى فذبحت قال اذا مصعت بذنبها وطرفت بعينها وسال الدم فأرجو ان شاء الله تعالى أن لا يكون بأكلها بأس ، وروى ذلك بإسناده عن عقيل بن عمير وطاوس وقالوا تحركت ولم يقولوا سال الدم ، وهذا على مذهب أبى حنيفة .

وقال إسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن شاة مريضه خافوا عليها الموت فذبحوها فلم يعلم منها أكثر من أنها طرفت بعينها أو حركت يدها أو رجليها أو ذنبها بضعف فنهى الدم ، قال فلا بأس به

وقال ابن أبى موسى اذا انتهت الى حد لا تعيش معه لم تبح بالذكاة ونص عليه أحمد فقال اذا شق الذئب بطنها فخرج قصيبها فذبحها لا تؤكل وقال ان كان يعلم أنها تموت من عقر السبع فلا تؤكل وان ذكاهها ، وقد يخاف على الشاة الموت من العلل والشئ يصيبها فيبادرها فيذبحها فيأكلها ، وليس هذا مثل هذه لا يدري لعلمها تعيش والى قد خرجت أمعاؤها يعلم أنها لا تعيش وهذا قول أبى يوسف والاول أصح لان عمر رضى الله عنه انتهى به الجرح الى حد علم أنه لا يعيش معه فوصى فقبلت وصاياه ووجببت العبادة عليه ، وفيها ذكرنا من عموم الاية والخبر وكون النبي صلى الله عليه وسلم لم يستفصل فى حديث جارية كعب ما يرد هذا وتحمل نصوص أحمد على شاة خرجت أمعاؤها وبانت منها فتلك لا تحل بالذكاة لانها فى حكم الميت ولا تبقى حركتها إلا كحركة المذبوح ، فأما ماخرجت أمعاؤها ولم تبين منها فهى فى حكم الحياة تباح بالذبح ولهذا قال الحرقى فيمن شق بطن رجل فأخرج حشوته فقطعها فأبانها ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الاول ولو شق بطن رجل وضرب عنقه آخر فالقاتل هو الثانى .

وقال بعض أصحابنا إذا كانت تعيش معظم اليوم حلت بالذكاة ، وهذا التحديد بعيد يخاف ظواهر النصوص ولا سبيل الى معرفته ، وقوله في حديث جارية كعب فأدركتها فذكتها بحجر يدل على أنها بادرتها بالذكاة حين خافت موتها في ساعتها والصحيح أنها إذا كانت تعيش زمنا يكون الموت بالذبح أسرع منه حلت بالذبح وأنها متى كانت مما لا يتيقن موتها كالمریضة أنها متى تحركت وسال دمها حلت والله أعلم .

« مسألة ، قال (والمحرم من الحيون ما نص الله تعالى عليه في كتابه وما كانت العرب تسميه طيبا فهو حلال وما كانت تسميه خبيثا فهو محرم لقول الله تعالى (ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث) »

يعنى بقوله ما سمي الله تعالى في كتابه : قوله سبحانه (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به - الآية) وما عدا هذا فما استطابته العرب فهو حلال لقول الله تعالى (ويحل لهم الطيبات . يعنى ما يستطيبونه دون الحلال بدليل قوله في الآية الأخرى (يسألونك ماذا أحل لهم ؛ قل أحل لكم الطيبات) ولو أراد الحلال لم يكن ذلك جوابا لهم ، وما استخبثته العرب فهو محرم لقول الله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) .

والذين تعتبر استطابتهم واستخبائهم هم أهل الحجاز من أهل الأمصار لأنهم الذين نزل عليهم الكتاب وخوطبوا به وبالسنة فرجع في مطلق ألفاظهما الى عرفهم دون غيرهم ولم يعتبر أهل البوادي لأنهم للضرورة والمجاعة يأكلون ما وجدوا ولهذا سئل بعضهم عما يأكلون فقال ما دب ودرج الا أم حبين فقال اتن أم حبين العافية ، وما وجد في أمصار المسلمين مما لا يعرفه أهل الحجاز رد الى أقرب ما يشبهه في الحجاز فإن لم يشبه شيئا منها فهو مباح لدخوله في عموم قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحى الى محرما) الآية ، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « وما سكت الله عنه فهو مما عفا عنه » .

إذا ثبت هذا : فمن المستخبثات الحشرات كالديدان والجعلان وبنات وردان والخنافس والفار والاوزاغ والحرباء والمعضاء والجراذين والعقارب والحيات ،

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي : ورخص مالك وابن أبي ليلى والاوزاعي في هذا كله الا الاوزاع ، فإن ابن عبد البر قال هو مجمع على تحريمه ، وقال مالك الحية حلال إذا ذكيت واحتجوا بعموم الآية المبيحة .

ولنا قوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم ، العقرب والفأرة والغراب والحدأة والكلب العقور ، وفي حديث « الحية ، مكان الفأرة ولو كانت من الصيد المباح لم يبيع قتلها ولأن الله تعالى قال (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وقال (وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) ولأنها مستخبثة فحرمت كالوزع أو ما مور بقتلها فأشبهت الوزع .

(فصل) والقنفذ حرام : قال أبو هريرة هو حرام وكرهه مالك وأبو حنيفة ورخص فيه الشافعي والليث أبو ثور .

ولنا أن أبا هريرة قال : ذكر القنفذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال هو خبيث من الخبائث ، رواه أبو داود ، ولأنه يشبه المحرمات وبأكل الحشرات فأشبهه الجرذ .

« مسألة » قال (وبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمر الأهلية .

أكثر أهل العلم يرون تحريم الحمر الأهلية ، قال أحمد : خمسة عشر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كرهوها ، قال ابن عبد البر : لا خلاف بين علماء المسلمين اليوم في تحريمها .

وحكى عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما أنهما كانا يقولان بظاهر قوله سبحانه (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة او دما مسفوحا او لحم خنزير) وتلاها ابن عباس وقال : ما خلا هذا فهو حلال وسئلت عائشة رضي الله عنها عن الفأرة فقالت : ما هي بحرام وتلت هذه الآية ولم ير عكرمة وأبو وائل بأكل الحمر بأسا .

وقد روى عن غالب بن الحر قال أصابتنا سنة فقلت : يا رسول الله أصابتنا سنة ، ولم يكن في مالي ما أطعم أهلي إلا سمان حمر وأنتك حرمت لحوم الحمر الأهلية

فقال : أطعم أهلك من سمين حرك فإنما حرمتها من أجل خوالى القرية ،
ولنا ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم : نهى يوم خيبر عن لحوم الحر
الاهلية وأذن في لحوم الخيل ، متفق عليه

قال ابن عبد البر . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم تحريم الحر الأهلية على
وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وجابر والبراء وعبد الله بن أبي أوفى وأنس
وزاهر الأسلمي بأسانيد صحاح حسان . وحديث غالب بن الحر لا يعرج على مثله
مع ما عارضه ، ويحتمل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لهم في مجاعتهم
وبين علة تحريمها المطلق لكونها تاكل العذرات ، قال عبد الله بن أبي أوفى : حرمتها
رسول الله صلى الله عليه وسلم البتة من أجل أنها تاكل العذرة ، متفق عليه

(فصل)

والبغال حرام عند كل من حرم الحر الأهلية لأنها متولدة منها ، والمتولد من
الشيء له حكمه في التحريم ، وهكذا إن تولد من بين الأنسى والوحشى ولد فهو
محرم تغليباً للتحريم ، والسبع المتولد من بين الذئب والضبع محرم . قال قتادة :
ما البغل إلا شيء من الحمار

وعن جابر قال : ذبحنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير فنهانا رسول الله (ص)
عن البغال والحمير ولم ينهنا عن الخيل

(فصل) وألبان الحر محرمة في قول أكثرهم ورخص فيها عطاء وطاوس
والزهرى ، والأول أصح لأن حكم الألبان حكم اللحم .

« مسأله ، قال (وكل ذى ناب من السباع ، وهى التى تضرب بأنيابها
الشيء وتقرس)

أكثر أهل العلم يروون تحريم كل ذى ناب قوى من السباع يعدو به ويكسر
إلا الضبع ، منهم مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الحديث وأبو حنيفة وأصحابه
وقال الشعبي وسعيد بن جبير وبعض أصحاب مالك : هو مباح لعموم قوله تعالى
(قل لا أجد فيها أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه) وقوله سبحانه (إنما حرم
عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به)

ولنا ما روى أبو ثعلبة الحشني قال : نهى النبي (ص) عن أكل كل ذي ناب من السباع ، متفق عليه . وقال أبو هريرة أن رسول الله (ص) قال : أكل كل ذي ناب من السباع حرام .

قال ابن عبد البر : هذا حديث ثابت صحيح مجمع على صحته ، وهذا نص صريح يخص عموم الآيات فيدخل في هذا الأسد والنمر والفهد والذئب والكلب والخنزير وقد روى عن الشعبي أنه سئل عن رجل يتداوى بلحم الكلب فقال : لا شفاء الله ، وهذا يدل على أنه رأى تحريمه .

(فصل)

ولا يباح أكل الفرد وكرمه عمر وعطاء ومجاهد ومكحول والحسن ولم يجزوا بيعه . وقال ابن عبد البر . لا أعلم بين علماء المسلمين خلافا أن الفرد لا يؤكل ولا يجوز بيعه .

وروى عن الشعبي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحم الفرد ولأنه سبع فيدخل في عموم الخبر ، وهو مسخ أيضا فيكون من الحبائث المحرمة (فصل) وابن آوى والنفس وابن عرس حرام ، سئل أحمد عن ابن آوى وابن عرس فقال كل شيء ينهش بأنياه فهو من السباع . وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي : ابن عرس مباح لأنه ليس له ناب قوى فأشبهه الضب ، ولأصحابه في ابن آوى وجهان .

ولنا أنها من السباع فتدخل في عموم النهي ، ولأنها مستخبثة غير مستطابة ، فإن ابن آوى يشبه الكلب ورائحته كريهة فيدخل في عموم قوله تعالى (ويحرم عليهم الحبائث)

(فصل) واختلفت الرواية في الثعلب ، فأكثر الروايات عن أحمد تحريمه وهذا قول أبي هريرة ومالك وأبي حنيفة لأنه سبع فيدخل في عموم النهي ، ونقل عن أحمد إباحته ، اختاره الشريف أبو جعفر ورخص فيه عطاء وطاوس وقتادة والليث وسفيان بن عيينة والشافعي لأنه يغدى في الأحرام والحرم ، وقال أحمد وعطاء : كل ما يودى إذا أصابه المحرم فإنه يؤكل ، واختلفت الرواية عن أحمد في سنور البر كاختلافها في الثعلب ، والقول فيه كالقول في الثعلب ، وللشافعي في

سنور البر . وجهان . فأما الأهل فمحرم في قول إمامنا ومالك وأبي حنيفة والشافعي وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن أكل الهر . .

(فصل - والفيل محرم قال أحمد : ليس هو من أطعمة المسلمين ، وقال الحسن هو مسخ وكرهه أبو حنيفة والشافعي ورخص في أكله الشعبي .

ولنا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع ، وهو من أعظمها ناباً وثلاثة مستخبت فيدخل في عموم الآية المحرمة .

(فصل) فأما الدب فينظر فيه فإن كان ذا ناب يفرس به فهو محرم وإلا فهو مباح ، قال أحمد إن لم يكن له ناب فلا بأس به ، وقال أصحاب أبي حنيفة هو سبع لأنه أشبه شيء بالسباع فلا يؤكل .

ولنا أن الأصل الإباحة ولم يتحقق وجود المحرم فيبقى على الأصل وشبهه بالسباع إنما يعتبر في وجود العلة المحرمة وهو كونه ذا ناب يصيد به ويفرس فإذا لم يوجد ذلك كان داخلاً في عموم النصوص المبيحة والله أعلم .

مسألة ، قال (وكل ذي مخالب من الطير وهي التي تعلق بمخالبها الشيء وتصيد بها)

هذا قول أكثر أهل العلم ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك والليث والأوزاعي ويحيى بن سعيد لا يحرم من الطير شيء ، قال مالك لم أر أحداً من أهل العلم يكره سباع الطير واحتجوا بعموم الآيات المبيحة وقول أبي الدرداء وابن عباس ما سمكت الله عنه فهو مما عفا عنه .

ولنا ما روى ابن عباس قال نهى رسول الله (ص) عن كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخالب من الطير ، وعن خالد بن الوليد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « حرام عليكم الحمر الأهلية وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخالب من الطير » رواهما أبو داود ، وهذا يخص عموم الآيات ويقدم على ما ذكره فيدخل في هذا كل ماله مخالب يعدو به كالعقاب والبازي والصتر والشاهين والباشق والحدأة والبومة وأشباهاها .

(فصل) ويحرم منها ما يأكل الجيف كالنسور والرخم وغراب البين وهو

أكبر الغريبان والبقع ، قال عروة ومن يأكل الغراب وقد سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقا ؟ والله ما هو من الطيبات وأعله يعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم والغراب والحدأة والعارة والعقرب والكلب العقور ، فهذه الخمس محرمة لأن النبي صلى الله عليه وسلم أباح قتلها في الحرم ولا يجوز قتل صيد ما كولد في الحرم ولأن ما يؤكل لا يحل قتله إذا قدر عليه وإنما يذبح ويؤكل .

وسئل أحمد عن العتق فقال : إن لم يكن يأكل الجيف فلا بأس به ، وقال بعض أصحابنا هو يأكل الجيف فيكون على هذا محرماً .

(فصل) ويحرم الخفاف والخشاف والخفاش وهو الوطواط ، قال الشاعر
مثل النهار يزيد أبصار الورى نورا ويعمى أعين الخفاش
قال أحمد : ومن يأكل الخشاف ؟ وسئل عن الخفاف فقال : لا أدرى ،
وقال الغنمى : كل الطير حلال إلا الخفاش ، وإنما حرمت هذه لأنها مستخبثة
لا تستطيعها العرب ولا تأكلها ويحرم الزناير واليعاسيب والنحل وأشباهها
لأنها مستخبثة غير مستطابة .

(فصل) وما عدا ما ذكرنا فهو مباح لعموم النصوص الدالة على الإباحة
من ذلك بهيمة الأنعام وهي الأبل والبقر والغنم قال الله تعالى (أحلت لكم بهيمة
الأنعام) ومن الصيد الطباء وحر الوحش وقد أمر النبي (ص) أبا قتادة وأصحابه
بأن كل الحمار الذى صاده ، وكذلك بقر الوحش كلها مباحة على اختلاف أنواعها
من الأبل والبيتن والوعل والمها وغيرها من الصيد كلها مباحة وتفقد في الأحرام
ويباح الأنعام وقد فضى الصحابة رضى الله عنهم في النعامة بيده وهذا كله يجمع عليه
لا نعلم فيه خلافا إلا ما يروى عن طلحة بن مصرف قال : إن الحمار الوحشى إذا
أنس واعتلف فهو بمنزلة الأهل .

قال أحمد : وما ظننت أنه روى في هذا شيء وليس الأمر عندى كما قال وأهل
العلم على خلافه لأن الطباء إذا تأنست لم تحرم والأهل إذا توخش لم يحل
ولا يتغير منها شيء عن أصله وما كان عليه ، قال عطاء في حمار الوحش : إذا
تناسل في البيوت لا نزول عنه أسماء الوحش ، وسألوا أحمد عن الزرافة تؤكل ؟

قال : نعم ، وهي دابة تشبه البعير إلا أن عنقها أطول من عنقه وجسمها الطف من جسمه ، وأعلى منه ويداها أطول من رجلها .

(فصل) وتباح لحوم الخيل كلها عرابها وبراذينها نص عليه أحمد ، وبه قال ابن سيرين ، وروى ذلك عن ابن الزبير والحسن وعطاء والاسود بن يزيد ، وبه قال حماد بن زيد والليث وابن المبارك والشافعي وأبو ثور ؛ قال سعيد بن جبير ما أكلت شيئاً أطيب من معرفة بردون وحرما أبو حنيفة وكرها مالك والاوزاعي وأبو عبيد لقول الله تعالى (والخيل والبغال والحمير انزكبوها) .

وعن خالد قال : قال رسول الله ﷺ : « حرام عليكم الحمر الأهلية وخيلها وبغالها ، ولأنه ذو حافر فاشبه الحمار .

ولنا قول جابر بنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل ، وقالت أسماء : نحرنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فرسا فاشبه كلناه ونحن بالمدينة ، متفق عليهما ، ولأنه حيوان طاهر مستطاب ليس بنى ناب ولا مخالب فيحل كبهيمة الأنعام ، ولأنه داخل في عموم الآيات والأخبار المبيحة .

وأما الآية فإنما يتعلقون بدليل خطابها وهم لا يقولون به ، وحديث خالد ليس له إسناد جيد قاله أحمد قال وفيه رجلان لا يعرفان يرويه ثور عن رجل ليس بمعروف وقال لا ندع أحاديثنا لمثل هذا الحديث المنكر .

(فصل) والارنب مباحة ، أكلها سعد بن أبي وقاص ورخص فيها أبو سعيد وعطاء وابن المسيب والليث ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا نعلم أحداً فائلاً بتحريمها إلا شيئاً روى عن عمرو بن العاص ، وقد صح عن أنس أنه قال : « أنفقنا أرباباً فسمعنا النجوم فلعبوا فأنخذتها فجئت بها إلى أبي طلحة فذبحها وبعث بوركها . » أو قال - نخذها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فتقبله ، متفق عليه ، وعن محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد أنه قال : « حدثت أربابين فذبحتهما بمرورة فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فامرني بأكلهما . » رواه أبو داود ، ولأنها حيوان مستطاب ليس بنى ناب أشبه الظبي .

(فصل) ويباح الوبر ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد وعمرو بن دينار

والشافعي وابن المنذر وأبو يوسف ، وقال القاضي : هو محرم وهو قول أبي حنيفة وأصحابه إلا أبو يوسف .

ولنا أنه يفدى في الاحرام والحرم وهو مثل الأرنب يختلف النبات والبقول فكان مباحا كالأرنب ولأن الأصل الإباحة وعموم النصوص يقتضيها ولم يرد فيه تحريم فتجب إباحته .

(فصل) وسئل أحمد عن اليربوع فرخص فيه ، وهذا قول عروة وعطاء الخراساني والشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة هو محرم ، وروى ذلك عن أحمد أيضا . وعن ابن سيرين والحكم وحامد وأصحاب الرأي ، لأنه يشبه الفار .

ولنا أن عمر حكم فيه بجفرة ولأن الأصل الإباحة ما لم يرد فيه تحريم ؛ وأما السنجاب فقال القاضي هو محرم لأنه ينهش بنابه فأشبهه الجرذ ، ويحتمل أنه مباح لأنه يشبه اليربوع ومتى تردد بين الإباحة والتحريم غلبت الإباحة لأنها الأصل وعموم النصوص يقتضيها .

(فصل) وبإباح من الطيور ما لم تذكره في المحرمات من ذلك الدجاج ، قال أبو موسى رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يأكل الدجاج والحباري لما روى سفينة قال أكلت مع النبي صلى الله عليه وسلم لحم حباري ، رواه أبو داود وبإباح الزاع وبذلك قال الحكم وحامد ومحمد بن الحسن والشافعي في أحد قولي .

وبإباح غراب الزرع وهو الأسود الكبير الذي يأكل الزرع ويطير مع الزاع لأن مرعاهما الزرع والحبوب فأشبهها الحجل ، وتباح العصافير كلها ، قال عبد الله ابن عمرو إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما من إنسان يقتل عصفورا فما فوقها بغير حقها إلا سأله الله عنها ، قيل يا رسول الله فما حقها ؟ قال : يذبحها فبأكلها ولا يقطع رأسها فيرمى بها ، رواه النسائي .

وبإباح الحمام كله على اختلاف أنواعه من الجوازل والفواخت والرقاطي والقطا والحجل وغيرها ، وتباح الكراكي والأوز وطيور الماء كله والغرائيق والطواويس وأشباه ذلك لا نعلم فيه خلافا .

واختلف عن أحمد في الهدهد والصرر فعنه أنهما حلال لأنهما ليسا من ذوات

المخلب ولا يستخبثان وعنه تحريمهما لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل
الهدهد والصرر والنملة والنحلة ، وكل ما كان لا يصيد بخلبه ولا يأكل الجيف
ولا يستخبث فهو حلال .

فصل

قال أحمد : أكره لحوم الجلالة وألبانها ، قال القاضي في المجرد : هي التي
تأكل القذر فإذا كان أكثر علفها النجاسة حرم لحمها ولبنها ، وفي بيضها روايتان
وإن كان أكثر علفها الطاهر لم يحرم أكلها ولا لبنها ، وتحديد الجلالة يكون
أكثر علفها النجاسة لم نسمعه عن أحمد ولا هو ظاهر كلامه لكن يمكن تحديده
بما يكون كثيراً في ما كوها ويعنى عن اليسير ، وقال الليث : إنما كانوا يكرهون
الجلالة التي لا طعام لها إلا الرجيع وما أشبهه .

وقال ابن أبي موسى في الجلالة روايتان . إحداهما : أنها محرمة ، والثانية :
أنها مكروهة غير محرمة ، وهذا قول الشافعي ، وكره أبو حنيفة لحومها والعمل
عليها حتى تحبس ، ورخص الحس في لحومها وألبانها لأن الحيوانات لا تنجس
بأكل النجاسات بدليل أن شارب الخمر لا يحكم بتنجيس أعضائه ، والكافر الذي
يأكل الخنزير والمحرمات لا يكون ظاهره نجسا ولو نجس لما طهر بالاسلام
ولا الاغتسال ولو نجست الجلالة لما طهرت بالحبس .

ولنا ما روى ابن عمر قال نهى رسول الله (ص) عن أكل الجلالة وألبانها
رواه أبو داود ، وروى عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال . نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن الأبل الجلالة أن يؤكل لحمها ولا يحمل عليها إلا الأدم
ولا يركبها الناس حتى تعلم أربعين ليلة ، رواه الحلال بإسناده ، ولأن لحمها
يتولد من النجاسة فيكون نجسا كرماد النجاسة ، وأما شارب الخمر فليس ذلك
أكثر غذائه وإنما يتغذى بالطاهرات ، وكذلك الكافر في الغالب .

(فصل) وتزول الكراهة بحبسها اتفاقا ، واختلف في قدره فروى عن أحمد
أنها تحبس ثلاثاً سواء كانت طائراً أو بهيمة وكان ابن عمر إذا أراد أكلها حبسها ثلاثاً
وهذا قول أبي ثور لأن ما طهر حيوانا طهر الآخر كالذي نجس ظاهره (والأخرى)
تحبس الدجاجة ثلاثاً والبعير والبقرة ونحوهما يحبس أربعين وهذا قول عطاء

في الناقة والبقرة لحديث عبد الله بن عمرو ، ولأنهما أعظم جسما وبقاء علفهما فيهما أكثر من بقائه في الدجاجة والحیوان الصغير والله أعلم .

(فصل) ويكره ركوب الجلالة ، وهو قول عمر وإبنة وأصحاب الرأي ، لحديث عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ركوبها ، ولأنها ربما عرقت فتلوث بعرقها .

(فصل) وتحرم الزروع والثمار التي سقيت بالنجاسات أو سممت بها . وقال ابن عقيل يحتمل أن يكره ذلك ولا يحرم ولا يحكم بتنجيسها لأن النجاسة تستحيل في باطنها فتطهر بالاستحالة كالدم يستحيل في أعضاء الحيوان لحما ويصير لبنا ، وهذا قول أكثر الفقهاء ، منهم أبو حنيفة والشافعي . وكان سعد بن أبي وقاص يدمل أرضه بالعرة ويقول مكثت عرة مكثت بر ، والعرة عذرة الناس .

ولنا ما روى عن ابن عباس قال : كنا نكفرى أراضى رسول الله (ص) ونشترط عليهم أن لا يدملوها بعذرة الناس ولأنها تتغذى بالنجاسات وتترقى فيها أجزاؤها والاستحالة لا تطهر ، فعلى هذا تطهر إذا سقيت الطاهرات كالجلالة إذا حبست وأطعمت الطاهرات .

« مسأله ، قال (ومن اضطر إلى الميتة فلا يأكل منها إلا ما يأمن معه الموت)

أجمع العلماء على تحريم الميتة حال الاختيار وعلى إباحة الأكل منها في الاضطرار وكذلك سائر المحرمات ، والأصل في هذا قول الله تعالى تعالى (إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باع ولا عاد فلا إثم عليه) ويباح له أكل ما يسد الرمق ويأمن معه الموت بالإجماع ويحرم ما زاد على الشبع بالإجماع أيضا وفي الشيع روايتان .

أظهرهما : لا يباح ، وهو قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن مالك وأحد القولين للشافعي ، قال الحسن : يا كل قدر ما يقيمه لأن الآية دلت على تحريم الميتة واستثنى ما اضطر إليه ، فإذا اندفعت الضرورة لم يحل له الأكل كحالة الابتداء ، ولأنه بعد سد الرمق غير مضطر فلم يحل له الأكل للآية . بحقه أنه بعد سد رمقه كمن قبل أن يضطر وشم لم يباح له الأكل ، كذا ههنا

والثانية : يباح له الشبع اختارها أبو بكر لما روى جابر بن سمرة ، أن رجلاً نزل الحرة فنفقت عنده ناقة ، فقالت له امرأته : اسلخها حتى نقدر شحمها ولحمها ونأكله ، فقال حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسأله فقال : هل عندك غنى يغنيك ؟ قال لا ، قال فكلوها . ولم يفرق ، رواه أبو داود . ولأن ما جاز سد الرق منه جاز الشبع منه كالمباح .

ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كانت الضرورة مستمرة وبين ما إذا كانت مرجوة الزوال فما كانت مستمرة كحالة الأعرابي الذي سأل رسول الله (ص) جاز الشبع لأنه إذا اقتصر على سد الرق عادت الضرورة إليه عن قرب ولا يتمكن من البعد عن الميتة مخافة الضرورة المستقبلية ، ويفضى إلى ضعف بدنه ، وربما أدى ذلك إلى تلفه بخلاف التي ليست مستمرة فإنه يرجو الغنى عنها بما يحل له والله أعلم إذا ثبت هذا فإن الضرورة المبيحة هي التي يخاف التلف بها إن ترك الأكل . قال أحمد : إذا كان يخشى على نفسه سواء كان من جوع أو يخاف إن ترك الأكل عجز عن المشي وانقطع عن الرفقة فملك أو يعجز عن الركوب فيهلك ولا يتقيد ذلك بزمان محصور

(فصل) وهل يجب الأكل من الميتة على المضطر ؟ فيه وجهان أحدهما . يجب ، وهو قول مسروق وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي . قال الأثرم : سئل أبو عبد الله عن المضطر يجد الميتة ولم يأكل فذكر قول مسروق من اضطر فلم يأكل ولم يشرب فمات دخل النار ، وهذا اختيار ابن حامد ، وذلك لقول الله تعالى (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) وترك الأكل مع إمكانه في هذا الحال القاء بيده إلى التهلكة ، وقال الله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً) ولأنه قادر على إحياء نفسه بما أحله الله له فلزمه كما لو كان معه طعام حلال والثاني لا يلزمه لما روى عن عبد الله بن حذافة السهمي صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن طاغية الروم حبسه في بيت وجعل معه خمرًا ممزوجًا بماء ولحم خنزير مشوي ثلاثة أيام فلم يأكل ولم يشرب حتى مال رأسه من الجوع والعطش وخشوا موته فأخرجوه فقال : قد كان الله أحله لي لاني مضطر ، ولكن لم أكس لاشمتك بدين الاسلام ، ولأن إباحة الأكل رخصة فلا تجب عليه

كسائر الرخص ، ولأن له غرضاً في اجتناب النجاسة والأخذ بالعزّة ، وربما لم تطب نفسه بتناول الميتة ، وفارق الحلال في الأصل من هذه الوجوه .

(فصل) وتباح المحرمات عند الاضطرار اليها في الحضر والسفر جميعاً ، لأن الآية مطلقة غير مقيدة بإحدى الحالتين ، وقوله (فمن اضطر) لفظ عام في حق كل مضطر ولأن الاضطرار يكون في الحضر في سنة المجاعة وسبب الإباحة الحاجة إلى حفظ النفس عن الهلاك لكون هذه المصلحة أعظم من مصلحة اجتناب النجاسات والصيانة عن تناول المستخبثات ؛ وهذا المعنى عام في الحالين ، وظاهر كلام أحمد أن الميتة لا تحل لمن يقدر على دفع ضرورته بالمسألة

وروى عن أحمد أنه قال : أكل الميتة إنما يكون في السفر ، يعني أنه في الحضر يمكنه السؤال ، وهذا من أحمد خرج مخرج الغالب ، فإن الغالب أن الحضر يوجد فيه الطعام الحلال ويمكن دفع الضرورة بالسؤال ، ولكن الضرورة أمر معتبر بوجود حقيقته لا يكتفى فيه بالمظنة بل متى وجدت الضرورة أباحت سواء وجدت المظنة أو لم توجد ، ومتى انتفت لم يبيع الأكل لوجود مظهرها بحال .

(فصل)

قال أصحابنا : ليس للضطر في سفر المعصية الأكل من الميتة كقاطع الطريق والابق لقول الله تعالى : فمن اضطر غير باع ولا عاد فلا إثم عليه ، قال مجاهد غير باع على المسلمين ولا عاد عليهم ؛ وقال سعيد بن جبير : إذا خرج يقطع الطريق فلا رخصة له ، فإن تاب وأقلم عن معصيته حل له الأكل

(فصل) وهل للضطر التزود من الميتة ؟ على روايتين : أحدهما له ذلك ، وهو قول مالك لأنه لا ضرر في استصحابها ولا في إعدادها لدفع ضرورته وقضاء حاجته ولا يأكل منها إلا عند ضرورته .

والثانية : لا يجوز لأنه توسع فيما لم يبيع إلا للضرورة ، فإن استصحابها فلقبه مضطر آخر لم يجز له بيعه إياه ، لأنه إنما أبيع له منها ما يدفع به الضرورة ولا ضرورة إلى البيع ، ولأنه لا يملكه ويلزمه إعطاء الآخر بغير عوض إذا لم يكن هو مضطراً في الحال إلى مأمعه ، لأن ضرورة الذي لقيه موجودة وحاملها يخاف الضرر في ثاني الحال .

« مسألة ، قال (ومن مر بشجرة فله أن يأكل منها ولا يحمل)

هذا يحتمل أنه أراد في حال الجوع والحاجة لأنه ذكره عقيب مسألة المضطر ، قال أحمد : إذا لم يكن عليها حائط يأكل إذا كان جائعاً وإذا لم يكن جائعاً فلا يأكل ، قال وقد فعله غير واحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ولكن إذا كان عليه حائط لم يأكل لأنه قد صار شبه الحريم ، وقال في موضع : إنما الرخصة للمسافر ، إلا أنه لم يعتبر هنا حقيقة الاضطرار ، لأن الاضطرار يبيح ما وراء الحائط . ورويت عنه الرخصة في الأكل من غير المحوطة مطلقاً من غير اعتبار جوع ولا غيره .

وروى عن أبي زينب التيمي قال . سافرت مع أنس بن مالك وعبد الرحمن ابن سمرة وأبي بردة فكانوا يمشون بالثمار فيأكلون في أفواههم : وهو قول عمر وابن عباس وأبي بردة ، قال عمر يأكل ولا يتخذ خبنة : وروى عن أحمد أنه قال : يأكل مما تحت الشجر . وإذا لم يكن تحت الشجر فلا يأكل ثمار الناس وهو غنى عنه ، ولا يضرب بحجر ولا يرمى لأن هذا يفسد

وقد روى عن رافع بن عمر قال : كنت أرمى نخل الانصار فأخذوني فذهبوا بي إلى النبي (ص) فقال : يا رافع لم ترمى نخلهم ؟ ، قلت يا رسول الله الجوع ، قال : لا ترم وكل ما وقع أشبعك الله وأرواك ، أخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح . وقال أكثر الفقهاء لا يباح الأكل في الضرورة لما روى العرباض ابن سارية أن رسول الله (ص) قال : ألا وإن الله لم يحل لكم أن تدخلوا بيوت أهل الكتاب إلا بإذن ولا ضرب نسائهم ولا أكل ثمارهم إذا أعطوكم الذي عليهم أخرجه أبو داود ، وقال النبي عليه السلام : إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام كحرمة يومكم هذا ، متفق عليه

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي (ص) أنه سئل عن الثمر المعلق فقال : ما أصاب منه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن أخرج منه شيئاً فعليه غرامة مثليه والعقوبة ، قال الترمذي : هذا حديث حسن .

وروى أبو سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا أثبت على حائط بستان فساد صاحب البستان ثلاثاً ، فإن أجابك وإلا فكل من غير أن تفسد .

وروى سعيد باسناده عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ولأنه قول من سمينا من الصحابة من غير مخالف فيكون إجماعاً .

فإن قيل فقد أبي سعد أن يأكل ، قلنا امتناع سعد من أكله ليس بمخالف لهم لأن الإنسان قد يترك المباح غنى عنه أو تورعاً أو تقذراً ، كترك النبي صلى الله عليه وسلم أكل الضب فأما أحاديثهم فهي مخصوصة بما روينا من الحديث والاجماع فإن كانت محوطة لم يجوز الدخول اليها لقول ابن عباس أن كان عليهما حائط فهو حريم فلا تأكل ، وإن لم يكن عليهما حائط فلا بأس . ولأن إحراره بالحائط يدل على شح صاحبه به وعدم المسامحة فيه .

قال بعض أصحابنا : إذا كان عليها ناطور فهو بمنزلة المحوط في أنه لا يدخل اليه ولا يأكل منه إلا في الضرورة .

(فصل) وعن أحمد في الأكل من الزرع روايتان .

إحدهما : قال لا يأكل إنما رخص في الثمار ليس الزرع وقال ما سمعنا في الزرع أن يمس منه ، ووجهه أن الثمار خلقها الله تعالى للأكل رطبة والنفوس تنوق اليها . أو الزرع بخلافها .

والثانية : قال يأكل من الفريك لأن العادة جارية بأكله رطبة أشبه الثمر ، وكذلك الحكم في الباقلا والخص وشبهه مما يؤكل رطبة ، فأما الشعير وما لم تجر العادة بأكله فلا يجوز الأكل منه ، والاولى في الثمار وغيرها أن لا يأكل منها إلا بإذن لما فيه من الخلاف والاختلاف الدالة على التحريم

(فصل) وعن أحمد في حلب لبن الماشية روايتان

إحدهما : يجوز له أن يحلب ويشرب ولا يحمل ، لما روى الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا أتى أحدكم على ماشية فإن كان فيها صاحبها فليست أذنه ، فإن أذن فليحلب وليشرب ، وإن لم يكن فيها فليصوت ثلاثاً فإن أجابه أحد فليست أذنه وإن لم يجبه أحد فليحلب وليشرب ولا يحمل ، رواه الترمذي وقال

هذا حديث حسن صحيح والعمل عليه عند بعض أهل العلم، وبه يقول أحمد وإسحاق والرواية الثانية : لا يجوز له أن يحلب ولا يشرب لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه ، يحب أحدكم أن تؤتى مشربته فتكسر خزائنه فينقل طعامه فإنما يخزن لهم ضرور مواشيهم أطعمتهم . فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه ، وفي لفظ « فإن ما في ضرور مواشيهم مثل ما في مشاربهم ، متفق عليه

« مسألة ، قال (ومن اضطر فأصاب الميتة وخبزاً لا يعرف مالكة أكل الميتة)

وبهذا قال سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم ، وقال مالك : إن كانوا يصدقونه أنه مضطراً أكل من الزرع والثر وشرب اللبن ، وإن خاف أن تقطع يده أو لا يقبل منه أكل الميتة ، ولأصحاب الشافعي وجهان

أحدهما : يأكل الطعام ، وهو قول عبد الله بن دينار لأنه قادر على الطعام الحلال فلم يحز له أكل الميتة كما لو بذله له صاحبه

ولنا أن أكل الميتة منصوص عليه ومال الأدي مجتهد فيه والعدول إلى المنصوص عليه أولى ولأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والمساهلة وحقوق الأدي مبنية على الشح والتضييق . ولأن حق الأدي تلزمه غرامته وحق الله لا عوض له .

(فصل) إذا وجد المضطر من يطعمه ويسقيه لم يحل له الامتناع من الأكل والشرب ولا العدول إلى أكل الميتة إلا أن يخاف أن يسمه فيه أو يكون الطعام الذي يطعمه مما يضره ويخاف أن يهلكه أو يمرضه .

فصل

وإن وجد طعاماً مع صاحبه فامتنع من بذله له أو يبعه منه ووجد ثمنه لم يحز له مكابرتة عليه وأخذه منه وعدل إلى الميتة ، سواء كان قوياً يخاف من مكابرتة التلف أو لم يخف ، فإن بذله له بثمن مثله وقدر على الثمن لم يحل له أكل الميتة ، لأنه قادر على طعام حلال وإن بذله بزيادة على ثمن المثل لا يحذف بماله لزمه شراؤه

أيضا لما ذكرناه، وان كان عاجزاً عن الثمن فهو في حكم العادم، وان امتنع من بذله إلا بأكثر من ثمن مثله فاشتراه المضطر بذلك لم يلزمه أكثر من ثمن مثله لأن الزيادة أحوج الى بذلها بغير حق فلم يلزمه كالمكره .

(فصل) وان وجد المحرم ميتة وصيداً أكل الميتة، وبه قال الحسن ومالك وأبو حنيفة وأصحابه، وقال الشافعي في أحد قوليهِ يأكل الصيد ويفديه، وهو قول الشعبي لأن الضرورة تبيحه ومع القدرة عليه لا تحل الميتة لغناه عنها . ولنا أن إباحة الميتة منصوص عليها وإباحة الصيد مجتهد فيها وتقديم المنصوص عليه أولى فإن لم يجد ميتة ذبح الصيد وأكله، نص عليه أحمد لأنه مضطر اليه عينا وقد قيل إن في الصيد تحريمات ثلاثاً . تحريم قتله وأكله وتحريم الميتة، لأن ما ذبحه المحرم من الصيد يكون ميتة فقد ساوى الميتة في هذا وفضل عليها بتحريم القتل والأكل، ولكن يقال على هذا ان الشارع إذا أباح له ذبحه لم يصر ميتة، ولهذا لو لم يجد الميتة فذبحه كان ذكياً طاهراً أو ليس بنجس ولا ميتة، ولهذا يتعين عليه ذبحه في محل الذبح وتعتبر شروط الذكاة فيه ولا يجوز قتله، ولو كان ميتة لم يتعين ذلك عليه

(فصل) واذا ذبح المحرم الصيد عند الضرورة جاز له ان يشبع منه لأنه لحم ذكي لا حق فيه لآدمي سواه فأبيع له الشبع منه كما لو ذبحه حلال من أجله .

(فصل) فإن لم يجد المضطر شيئاً لم يبيع له أكل بعض أعضائه، وقال بعض أصحاب الشافعي : له ذلك لأن له أن يحفظ الجملة بقطع عضو كما لو وقعت فيه الأكلة .

ولنا أن أكله من نفسه ربما قتله فيكون قاتلاً لنفسه ولا يتيقن حصول البقاء بأكله، أما قطع الأكلة فإنه يخاف الهلاك بذلك العضو فأبيع له إبعاده ودفع ضرره المتوجه منه بتركه كما أبيع قتل الصائل عليه ولم يبيع له قتله لئلا يأكله .

(فصل) وان لم يجد الا آدمياً محقون الدم لم يبيع له قتله اجماعاً ولا اتلاف عضو منه، مسلماً كان أو كافراً لأنه مثله فلا يجوز ان يبقى نفسه بإتلافه، وهذا لا خلاف فيه .

وان كان مباح الدم كالحربي والمرتد فذكر القاضي أن له قتله وأكله، لأن

قتله مباح ، وهكذا قال أصحاب الشافعي لأنه لا حرمة له فهو بمنزلة السباع ، وإن
وجده ميتاً أبيح أكله ، لأن أكله مباح بعد قتله فكذلك بعد موته ، وإن وجد
معصوما ميتاً لم يبيح أكله في قول أصحابنا

وقال الشافعي وبعض الحنفية يباح وهو أولى لأن حرمة الحي أعظم . وقال
أبو بكر بن داود : أباح الشافعي أكل لحوم الأنبياء ، واحتج أصحابنا بقول النبي
صلى الله عليه وسلم : كسر عظم الميت ككسر عظم الحي ، واختار أبو الخطاب
أن له أكله وقال لا حجة في الحديث هنا لأن الأكل من اللحم لا من العظم ،
والمراد بالحديث التشبيه في أصل الحرمة لا في مقدارها بدليل اختلافهما في
الضمان والقصاص ووجوب صيانة الحي بما لا يجب به صيانة الميت

« مسألة ، قال (فإن لم يصب إلا طعاما لم يبعه مالك أخذه فها ليحيى به
نفسه وأعطاه ثمنه إلا أن يكون بصاحبه مثل ضرورته) »

وجملته أنه إذا اضطر فلم يجد إلا طعاما لغيره نظرنا فإن كان صاحبه مضطرا إليه
فهو أحق به ولم يجز لأحد أخذه منه لأنه ساواه في الضرورة وانفرد بالملك فأشبه
غير حال الضرورة ؛ وإن أخذه منه أحد فمات لزمه ضمانه لأنه قتله بغير حق ،
وإن لم يكن صاحبه مضطرا إليه لزمه بذله للمضطر لأنه يتعلق به إحياء نفس آدمي
معصوم فلزمه بذله كما يلزمه بذل منفعه في إنجائه من الغرق والحريق ، فإن لم
يفعل فللمضطر أخذه منه لأنه مستحق له دون مالك فجاز له أخذه كغير ماله .
فإن احتيج في ذلك إلى قتال فله المقاتلة عليه ، فإن قتل المضطر فهو شهيد وعلى
قاتله ضمانه ، وإن آل أخذه إلى قتل صاحبه فهو حذر لأنه ظالم بقتاله فأشبه الصائل
إلا أن يمكن أخذه بشراء أو استرضاء فليس له المقاتلة عليه لإمكان الوصول إليه
دونها ، فإن لم يبعه إلا بأكثر من ثمن مثله فذكر القاضي أن له قتاله والأولى أن
لا يجوز له ذلك لإمكان الوصول إليه بدونها .

وإن اشتراه بأكثر من ثمن مثله لم يلزمه إلا ثمن مثله لأنه صار مستحقا له
بقيمته ويلزمه عوضه في كل موضع أخذه ، فإن كان معه في الحال والا لزمه في ذمته
ولا يباح للمضطر من مال أخيه إلا ما يباح من الميتة .

قال أبو هريرة : قلنا يا رسول الله ما يحمل لأحدنا من مال أخيه إذا اضطر إليه ؟ قال : يا كل ولا يحمل ويشرب ولا يحمل ،

(فصل)

وإذا اشتدت المحنة في سنة المجاعة وأصاب الضرورة خلقا كثيرا وكان عند بعض الناس قدر كفايته وكفاية عياله لم يلزمه بذله للمضطرين وليس لهم أخذه منه لأن ذلك يفضي إلى وقوع الضرورة به ولا يدفعها عنهم ، وكذلك إن كانوا في سفر ومعه قدر كفايته من غير فضلة لم يلزمه بذل ما معه للمضطرين ، ولم يفرق أصحابنا بين هذه الحال وبين كونه لا يتضرر بدفع ما معه إليهم في أن ذلك واجب عليه لكونه غير مضطر في الحال والآخر مضطر فوجب تقديم حاجة المضطر ولنا أن هذا مفض به إلى هلاك نفسه وهلاك عياله فلم يلزمه كماله إنجاء الغريق بتغريق نفسه ، ولأن في بذله إلقاء يده إلى التهلكة وقد نهى الله عن ذلك .

مسألة ، قال (ولا بأس بأكل الضب والضبع)

أما الضب فإنه مباح في قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب وابن عباس وأبو سعيد وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم ، قال أبو سعيد كنا معشر أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لأن يهدي إلى أحدنا ضب أحب إليه من دجاجة ، فقال عمر ما يسرني أن مكان كل ضب دجاجة سمينة ولوددت أن في كل جحر ضب ضبين وبهذا قال مالك والليث والشافعي وابن المنذر .

وقال أبو حنيفة هو حرام وبهذا قال الثوري لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن أكل لحم الضب ، وروى نحوه عن علي ولأنه ينهش فأشبهه ابن عرس

ولنا . ما روى ابن عباس قال : دخلت أنا وخالد بن الوليد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بيت ميمونة فأتى بضب مخوذ فقبل هو ضب يا رسول الله فرفع يده فقالت أحرام هو يا رسول الله ؟ قال لا ولكنه لم يكن بأرض قومي فأجدني أعافه قال خالد فاجترته فأكلته ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر ، متفق عليه

قال ابن عباس ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الضب تقذراً وأكل على مائدته ولو كان حراماً ما أكل على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال عمر إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحرم الضب ولكنه قذره ولو كان عندى لا كلته ، ولأن الأصل الحل ولم يوجد المحرم فبقى على الإباحة ولم يثبت فيه عن النبي (ص) نهى ولا تحريم ولأن الإباحة قول من سمينا من الصحابة ولم يثبت عنهم خلافه فيكون إجماعاً .

(فصل)

فأما الضبع فرويت الرخصة فيها عن سعد وابن عمر وأبي هريرة وعروة ابن الزبير وعكرمة وإسحاق ، وقال عروة : ما زالت العرب تأكل الضبع ولا ترى بأكلها بأساً .

وقال أبو حنيفة والثوري ومالك : هو حرام : وروى نحو ذلك عن سعيد ابن المسيب لأنها من السباع ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع وهي من السباع فتدخل في عموم النهي ، وروى عن النبي (ص) أنه سئل عن الضبع فقال : « ومن يأكل الضبع ؟ » .

ولنا ما روى جابر قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بأكل الضبع ، قلت صيد هي ؟ قال : نعم ، واحتج به أحمد ، وفي لفظ قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع فقال : هو صيد ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم ، رواه أبو داود .

قال ابن عبد البر : هذا لا يعارض حديث النهي عن كل ذي ناب من السباع لأنه أقوى منه ، قلنا : هذا تخصيص لا معارض ولا يعتبر في التخصيص كون المخصص في رتبة المخصص بدليل تخصيص عموم الكتاب بأخبار الأحاد ، فأما الخبر الذي فيه « ومن يأكل الضبع ؟ » ، فحديث طويل يرويه عبد الكريم بن أبي المخارق ينفرد به وهو متروك الحديث ، ولأن الضبع قد قيل إنها ليس لها ناب وسمعت من يذكر أن جميع أسنانها عظم واحد كصفحة نعل الفرس ، فعلى هذا لا تدخل في عموم النهي والله أعلم .

« مسأله ، قال (ولا يؤكل الترياق لأنه يقع فيه لحوم الحيات)

الترياق دواء يتعالج به من السم ويجعل فيه من لحوم الحيات فلا يباح أكله ولا شربه لأن لحم الحية حرام وعن كرمه الحسن وابن سيرين ورخص فيه الشعبي ومالك لأنه يرى إباحة لحوم الحيات ويقتضيه مذهب الشافعي لا باحته التداوي ببعض المحرمات .

ولنا أن لحم الحيات حرام بما قد ذكرناه فيما مضى ، ولا يجوز التداوي بمحرم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها ، (فصل : ولا يجوز التداوي بمحرم ولا بشيء فيه محرم مثل البان الاتن ولحم شيء من المحرمات ولا شرب الخمر للتداوي به لما ذكرناه من الخبر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر له النبيذ يصنع للدواء فقال : إنه ليس بدواء ولكنه داء . »

(فصل) ويجوز أكل الاطعمة التي فيها الدود والسوس كالفواكه والقشاش والخيار والبطيخ والحبوب والحل إذا لم تقذره نفسه وطابت به لأن التحرز من ذلك يشق ويجوز أكل العسل بقشه وفيه فراخ لذلك وإن نقاه فحسن فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أتى بثمر عتيق فجعل يفتشه ويخرج السوس منه وينقيه وهذا أحسن .

« مسأله ، قال (ولا يؤكل الصيد إذا رمى بسهم مسموم إذا علم أن السم أعان على قتله)

إنما كان كذلك لأن ما قتله السم محرم وما قتله السهم وحده مباح فإذا مات بسبب مبيح ومحرم كما لو مات برمية مسلم ومجوسى أو قتل الصيد كلب معلوم وغيره أو وجد مع كلبه كلباً لا يعرف حاله أو رمى صيداً بسهم فوجده غريقاً في الماء أو تردى من جبل أو وطئ عليه شيء فإن علم أن السم لم يعن على قتله ليكون السهم أوحى منه فهو مباح لا انتفاء المحرم .

« مسأله ، قال (وما كان مأواه البحر وهو يعيش في البر لم يؤكل إذا مات في بر أو بحر)

كل ما يعيش في البر من دواب البحر لا يحل بغير ذكاة كطير الماء والسلحفاة وكلب الماء إلا مالا دم فيه كالسرطان فإنه يباح بغير ذكاة ، قال أحمد : السرطان لا بأس به قيل له يذبح ؟ قال : لا . وذلك لأن مقصود الذبح إنما هو إخراج الدم منه وتطبيب اللحم بإزالته عنه فما لادم فيه لا حاجة الى ذبحه .

وأما سائر ما ذكرنا فلا يحل إلا أن يذبح ، قال أحمد كلب الماء يذبحه ولا أرى بأساً بالسلحفاة إذا ذبح والرق يذبحه ، وقال قوم يحل من غير ذكاة لقول النبي صلى الله عليه وسلم في البحر « هو الطهور مأواه الحل ميتته » ، ولأنه من حيوان البحر فأباح بغير ذكاة كالسمك والسرطان ، وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه كل ما في البحر قد ذكاه الله تعالى لكم .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن شريح رجل أدرك النبي صلى الله عليه وسلم قال « كل شيء في البحر مذبوح » ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن الله ذبح كل شيء في البحر لابن آدم » .

ولنا أنه حيوان يعيش في البر له نفس سائلة فلم يباح بغير ذبح كالطير ولا خلاف في الطير فيما علمناه والأخبار محمولة على مالا يعيش إلا في البحر كالسمك وشبهه لأنه لا يتمكن من تذكيته لأنه لا يذبح إلا بعد إخراجيه من الماء وإذا خرج مات .

فصل

فأما مالا يعيش إلا في الماء كالسمك وشبهه فإنه يباح بغير ذكاة لا نعلم في هذا خلافا لما ذكرنا من الأخبار .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أحلت لنا ميتتان ودمان ، فأما الميتتان فالسمك والجراد » ، وقد صح أن أبا عبيدة وأصحابه وجدوا على ساحل البحر دابة يقال لها العنبر ميتة فأكلوا منها شهراً حتى سمنوا وادهنوا فلما قدموا

على النبي صلى الله عليه وسلم أخبروه فقال : هو رزق أخرجه الله لكم فهل معكم من لحمه شيء تطعمونا ، متفق عليه .

(فصل) وكل صيد البحر مباح الا الضفدع وهذا قول الشافعي ، وقال الشعبي لو أكل أهل الضفادع لأطعمتهم ، وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال في كل ما في البحر قد ذكاه الله لكم ، وعموم قوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه) يدل على إباحة جميع صيده .

وروى عطاء وعمر بن دينار أنهما بلغهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ان الله ذبح كل شيء في البحر لابن آدم ، فأما الضفدع فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتله رواه النسائي فيدل ذلك على تحريمه ، فأما التمساح فقد نقل عنه ما يدل على أنه لا يؤكل .

وقال الأوزاعي : لا بأس به لمن اشتراه ، وقال ابن حامد : لا يؤكل التمساح ولا الكوسج لأنهما يأكلان الناس ، وقد روى عن إبراهيم النخعي وغيره أنه قال كانوا يكرهون سباع البحر كما يكرهون سباع البر وذلك لنهي النبي (ص) عن كل ذي ناب من السباع .

وقال أبو علي النجاد ما حرم نظيره في البر فهو حرام في البحر ككلب الماء وخزيره وإنسانه ، وهو قول الليث إلا في كلب الماء فإنه يرى إباحة كلب البر والبحر ، وقال أبو حنيفة : لا يباح إلا السمك ، وقال مالك : كل ما في البحر مباح لعموم قوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه) .

(فصل)

وكلب الماء مباح وركب الحسن بن علي رضي الله عنه سرجا عليه جلد من جلود كلاب الماء وهذا قول مالك والشافعي والليث ويقتضيه قول الشعبي والأوزاعي ولا يباح عند أبي حنيفة ، وهو قول أبي علي النجاد وبعض أصحاب الشافعي . ولنا عموم الآية والخبر ، قال عبد الله سألني أبي عن كلب الماء فقال حدثنا يحيى بن سعيد عن ابن جريج عن عمرو بن دينار وأبي الزبير سمعا شريحا (١) رجل

(١) هو شريح الحجازي له صحبة روى عنه عمرو بن دينار وأبو الزبير .

ادرك النبي صلى الله عليه وسلم يقول لكل شيء في البحر فهو مذبوح، قال فذكرت ذلك لمطاء فقال أما الطير فتذبحه . وقال أبو عبد الله كلب الماء تذبحه .

(فصل) قيل لأبي عبد الله يكره الجري ؟ قال لا والله وكيف لنا بالجري ؟ ورخص فيه علي والحسن ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وسائر أهل العلم وقال ابن عباس : الجري لا تأكله اليهود ووافقهم الرافضة ومخالفتهم صواب (فصل) وعن أحمد في السمكة توجد في بطن سمكة أخرى أو حوصلة طائر أو يوجد في حوصلة جراد فقال في موضع : كل شيء أكل مرة لا يؤكل وقال في موضع الطافي أشد من هذا وقد رخص فيه أبو بكر رضى الله عنه وهذا هو الصحيح، وهو مذهب الشافعي فيما في بطن السمكة دون ما في حوصلة الطائر لأنه كالرجيع ورجيع الطائر عنده نجس .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : أحلت لنا ميتتان ودمان ، ولأنه حيوان طاهر في محل طاهر لا تعتبر له ذكاة فأبيح كالطافي من السمك وهكذا يخرج في الشعير يوجد في بحر الجمل أو خثى الجواميس ونحوها .

مسألة، قال (وإذا وقعت النجاسة في مائع كالدهن وما أشبهه نجس واستصبح به إن أحب ولم يحل أكله ولا ثمنه)

ظاهر هذا أن النجاسة إذا وقعت في مائع غير الماء نجسته وإن كثر، وهذا ظاهر المذهب، وعن أحمد رواية أخرى أنه لا ينجس إذا كثر قال حرب سألت أحمد عن كلب ولع في سمن أو زيت قال إذا كان في آنية كبيرة مثل حب أو نحوه رجوت أن لا يكون به بأس يؤكل وإذا كان في آنية صغيرة فلا يعجنى أن يؤكل وسئل عن كلب وقع في خل أكثر من قلتين فخرج منه وهو حي فقال هذا أسهل من أنه لو مات

وعنه رواية ثالثة ما أصله الماء كالحل الترى يدفع النجاسة عن نفسه إذا كثر وما ليس أصله الماء لا يدفع عن نفسه، قال المروزي قلت لأبي عبد الله فإن وقعت النجاسة في خل أو دبس ؟ فقال : أما الحل فأصله الماء يعود إلى أن يكون ماء إذا حل عليه وقال ابن مسعود في فارة وقعت في سمن إنما حرم من الميتة لحمها ودمها

ولنا ما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه استل عن فأرة وقعت في سمن قال : إن كان جامداً فخذوها وما حولها فألقوه ، وإن كان مائعا فلا تقربوه ، ولأن غير الماء ليس بطهور فلا يدفع النجاسة عن نفسه وحكم الجامد قد ذكرناه فيما تقدم . واختلفت الرواية في الاستصباح بالزيت النجس ، فأكثر الروايات إباحته ، لأن ابن عمر أمر أن يستصبح به ، ويجوز أن تطلى به سفينة ، وهذا قول الشافعي

وعن أحمد : لا يجوز الاستصباح به وهو قول ابن المنذر ، لأن النبي (ص) سئل عن شحوم الميتة تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ، فقال لا ، هو حرام . وهذا في معناه

ولنا أنه زيت أمكن الانتفاع به من غير ضرر بخاز كالطاهر ، وقد جاء عن النبي في العجين الذي عجن بماء من آبار ثمود أنه نهى عن أكله وأمرهم أن يعلقوه التواضع ، وهذا الزيت ليس بميتة ولا هو من شحومها فيتناوله الخبز .

إذا ثبت هذا فإنه يستصبح به على وجه لا يمس ولا تعدى نجاسته إليه : إما أن يجعل الزيت في إبريق له بلبلة ويصب منه في المصباح ولا يمس ، وإما أن يدع على رأس الجرة التي فيها الزيت سراجاً مثقوباً أو قنديلاً فيه ثقب ويطينه على رأس إناء الزيت أو يشمعه ، وكلما نقص زيت السراج صب فيه ماء بحيث يرتفع الزيت فيملا السراج وما أشبه هذا ، ولم ير أبو عبد الله أن تدهن بها الجلود وقال يجعل منه الأسقية والقرب .

ونقل عن عمر أنه تدهن به الجلود ، وعجب أحمد من هذا وقال : إن في هذا لعجبا ، شيء يلبس يطيب شيء فيه ميتة ؟ فعلى قول أحمد : كل انتفاع يفضى إلى تنجيس إنسان لا يجوز ، وإن لم يفض إلى ذلك جاز ، فأما أكله فلا إشكال في تحريمه ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تقربوه ، ولأن النجس خبيث وقد حرم الله الخبائث . وأما بيعه فظاهر كلام أحمد رحمه الله تحريمه لقول النبي (ص) : إذا حرم الله شيئا حرم ثمنه ، وقال أبو موسى : لتوه بالسويق ويبعوه ولا تبيعوه من مسلم وبينوه .

وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أنه يباع لكافر بشرط أن يعلم بنجاسته لأن الكفار يعتقدون حله ويستبيحون أكله

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا أثمانها ، إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه ، متفق عليه وكونهم يعتقدون حله لا يجوز لنا بيعه لهم كالحمر والخزير

فصل

فأما شحوم الميتة وشحم الخنزير فلا يجوز الانتفاع به باستصباح ولا غيره ولا أن تطلّى به السفن ولا الجلود ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إن الله حرم الميتة والخنزير والأصنام ، قالوا يا رسول الله : شحوم الميتة تطلّى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح الناس ؟ قال لا ، هي حرام . متفق عليه . (فصل) إذا استصبح بالزيت النجس فدخانه نجس لأنه جزء يستحيل منه والاستحالة لا تطهر ، فإن علق بشيء وكان يسيراً عفى عنه لأنه لا يمكن التحرز منه فأشبهه دم البراغيث . وإن كان كثيراً لم يعف عنه

(فصل) سئل أحمد عن خباز خبز خبزاً فباع منه ثم نظر في الماء الذي عجن منه فإذا فيه فأرة ، فقال لا يبيع الخبز من أحد ، وإن باعه استرده فإن لم يعرف صاحبه تصدق بثمنه ويطعمه من الدواب مالا يؤكل لحمه ولا يطعم لما يؤكل إلا أن يكون إذا أطعمه لم يذبح حتى يكون له ثلاثة أيام على معنى الجلالة ، قيل له أليس قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تنتفعوا من الميتة ؟ ، قال ليس هذا بمنزلة الميتة إنما أشبهه عليه ، قيل له فهو بمنزلة كسب الحجام يطعم الرقيق ؟ قال هذا أشد عندى لا يطعم الرقيق لكن يعلفه البهائم ، قيل له أين الحجّة ؟ قال حدثنا عبد الصمد عن صخر عن نافع عن ابن عمر أن قوماً اختبزوا من آبار الذين مسخروا فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أطعموه النواضح ،

(فصل) قال أحمد : لا أرى أن يطعم كلبه المعلم الميتة ولا الطير المعلم لأنه يضره على الميتة ، فإن أكل الكلب فلا أرى صاحبه حرجاً ، ولعل أحمد كره أن يكون الكلب المعلم إذا صاد وقتل أو كل منه لتضرته بأطعمته الميتة ولم يكره مالك إطعام كلبه وطيره الميتة لأنه غير ما كول إذا كان لا يشرب في أناته

(فصل) قال أحمد : أكره أكل الطين ولا يصح فيه حديث إلا أنه يضر بالبدن ويقال أنه ردى. وتركه خير من أكله ، وإنما كرهه أحمد لأجل مضرته فإن كان منه ما يتداوى به كالطين الأرمنى فلا يكره ، وإن كان مما لا مضرة فيه ولا نفع كالشئ اليسير جاز أكله لأن الأصل الإباحة والمعنى الذى لأجله كره ما يضر وهو منتف هنا فلم يكره .

(فصل) ويكره أكل البصل والثوم والكراث والفجل وكل ذى رائحة ريحة من أجل كرائحته ، سواء أراد دخول المسجد أو لم يرد ، لأن النبى (ص) قال : إن الملائكة تنأذى بما يتأذى منه الناس ، رواه ابن ماجه ؛ وإن أكله لم يقرب من المسجد لقول النبى صلى الله عليه وسلم : من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا ، وفى رواية : فلا يقربنا فى مساجدنا ، رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح ، وليس أكما محرماً لما روى أبو أيوب أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث إليه بطعام لم يأكل منه النبى صلى الله عليه وسلم ، فذكر ذلك له فقال النبى صلى الله عليه وسلم : فيه الثوم ؟ فقال يا رسول الله أحرام هو ؟ قال لا . ولكنى أكرهه من أجل ريحه ، قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح .

وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعلى : كل الثوم فلولاً إن الملك يأتينى لا كلاته ، وإنما منع أكلها لئلا يؤذى الناس برائحته ، ولذلك نهى عن قربان المساجد فإن أتى المساجد كره له ذلك ولم يحرم عليه لما روى المغيرة بن شعبه قال أكلت ثوماً وأتيت مصلى النبى صلى الله عليه وسلم وقد سبقت بركعة فلما دخلت المسجد وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ريح الثوم ، فلما قضى صلاته قال : من أكل من هذه الشجرة فلا يقربنا حتى يذهب ريحها ، فجئت فقلت يا رسول الله لتعطنى يدك ، قال فأدخلت يده فى كم قميصى إلى صدرى فإذا أنا معصوب الصدر ، فقال إن لك عذراً ، رواه أبو داود .

وقد روى عن أحمد أنه يأثم لأن ظاهر النهى التحريم ؛ ولأن اذى المسلمين حرام وهذا فيه اذام .

(فصل) ويكره أكل الغده واذن القلب لما روى عن مجاهد قال : كره رسول الله (ص) من الشاة سناً ، وذكر هذين ، ولأن النفس تعافهما وتستخبهما

ولا أظن أحد كرههما إلا لذلك لا للخبر لأنه قال فيه هذا حديث منكر ولا في الخبر ذكر الطحال ، وقد قال أحمد لا بأس به ولا أكره منه شيئاً .

(فصل) وقيل لأبي عبد الله الجبن ؟ قال يؤكل من كل وسئل عن الجبن الذي يصنعه المجوس فقال ما أدرى إلا أن أصبح حديث فيه حديث الأعمش عن أبي وائل عن عمرو بن شرحبيل قال سئل عمر عن الجبن وقيل له يعمل فيه الانفحة الميتة فقال : سموا أنتم وكلوا ، رواه أبو معاوية عن الأعمش وقال أليس الجبن الذي نأكله عامته يصنعه المجوس ؟

فصل

ولا يجوز أن يشتري الجوز الذي يتقار به الصبيان ولا البيض الذي يتقارون به يوم العيد لأنهم يأخذونه بغير حق .

(فصل) قال أحمد والضيافة على كل المسلمين كل من نزل عليه ضيف كان عليه أن يضيفه ، قيل إن ضاف الرجل ضيف كافر يضيفه ؟ قال : قال (ص) : ليلة الضيف حق واجب على كل مسلم ، وهذا الحديث بين ولما أضاف المشرك دل على أن المسلم والمشرِك يضاف وأنا أراه كذلك ، والضيافة معناها معنى صدقة التطوع على المسلم والكافر واليوم والليلة حق واجب .
وقال الشافعي : ذلك مستحب وليس بواجب لأنه غير مضطر إلى طعامه فلم يجب عليه بذله كما لو لم يضفه .

ولما روى المقدم بن أبي كريمة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ليلة الضيف حق واجب فإن أصبح بفنائيه فهو دين عليه إن شاء اقتضى وإن شاء ترك ، حديث صحيح .

وفي لفظ : أيما رجل ضاف قوماً فأصبح الضيف محروماً فإن نصره على كل مسلم حتى يأخذ بحقه من زرعه وماله ، رواه أبو داود ، والواجب يوم وليلة الكمال ثلاثة أيام لما روى أبو شريح الخزاعي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الضيافة ثلاثة أيام وجائزته يوم وليلة ولا يحل لمسلم أن يقيم عند أخيه حتى يؤثمه ، قالوا يا رسول الله كيف يؤثمه ؟ قال : يقيم عنده وليس عنده ما يقريه ،

متفق عليه . قال أحمد جائزته يوم وليه كأنه أوكد من سائر الثلاثة ولم يرد يوما وليه سوى الثلاثة لأنه يصير أربعة أيام ، وقد قال وما زاد على الثلاثة فهو صدقة فإن امتنع من إضافته للضيف بقدر ضيافته .

قال أحمد : له أن يطالبهم بحقه الذي جعله له النبي صلى الله عليه وسلم ولا يأخذ شيئا إلا بعلم أهله ، وعنه رواية أخرى أن له أن يأخذ ما يكفيه بغير إذنهم لما روى عقبة بن عامر قال : قلنا يا رسول الله أنك تبعثنا فنزل بقوم لا يقرؤنا قال : إذا نزلتم بقوم فأمروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم ، متفق عليه .

وقال أحمد في تفسير قول النبي صلى الله عليه وسلم : فله أن يعقبهم بمثل قراه ، يعني أن يأخذ من أرضهم وزرعهم وضرعهم بقدر ما يكفيه بغير إذنهم ، وعن أحمد رواية أخرى : أن الضيافة على أهل القرى دون أهل الأمصار .

قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الضيافة أي شيء تذهب فيها ؟ قال هي مؤكدة وكأنها على أهل الطرق والقرى الذين يمر بهم الناس أوكد ، فأما مثلنا الآن فكأنه ليس مثل أولئك .

(فصل)

قال المروذي سألت أبا عبد الله قلت تسكره الخبز الكبار قال نعم أكرهه ليس فيه بركة إنما البركة في الصغار ، وقال مرهم أن لا يخبزوا كباراً قال رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده ، وإن كان على وضوء .

وقال مهنا ذكرت ليحيى بن معين حديث قيس بن الربيع عن أبي هاشم عن زاذان عن سلمان عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : بركة الطعام الوضوء قبله وبعده ، فقال لي يحيى ما أحسن الوضوء قبله وبعده ، وذكرت الحديث لأحمد فقال ما حدث بهذا إلا قيس بن الربيع وهو منكر الحديث ، قلت بلغني عن يحيى ابن سعيد قال : كان سفيان يكره غسل اليد عند الطعام لم يكره سفيان ذلك ؟ قال لأنه من زى العجم ، قلت بلغني عن يحيى بن سعيد قال كان سفيان يكره أن يكون تحت القعدة الرغيف لم يكرهه سفيان ؟ قال كرهه أن يستعمل الطعام قلت تسكره أنت

قال نعم ، وروى عن عقيل قال حضرت مع ابن شهاب وليلة ففرشوا المائدة بالخبز فقال لا تتخذوا الخبز بساطا .

وقال المروذى : قلت لأبي عبد الله إن أبا معمر قال إن أبا أسامة قدم اليهم خبزاً فكسره قال هذا لئلا تعرفوا كم تأكلون ؟ وقيل لأبي عبد الله يكره إلا كل متكثا ؟ قال أليس قال النبي صلى الله عليه وسلم لا آكل متكثا ، رواه أبو داود ، وعن شعيب بن عبد الله بن عمرو ، وعن أبيه قال : ما رأت رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل متكثا قط ، رواه أبو داود .
وعن ابن عمر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل الرجل وهو منبطح ، رواه أبو داود .

(فصل)

وتستحب التسمية عند الطعام وحمد الله عند آخره ، لما روى عمر بن أبي مسلمة قال أكلت مع النبي صلى الله عليه وسلم فجالت يدي في القصعة فقال : سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك ، قال فما زالت أكلنى بعد ، رواه ابن ماجه بمعناه وأبو داود .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن أبي هريرة قال لا أعليه إلا عن النبي (ص) أنه قال : للطاعم الشاكر مثل ما للصائم الصابر ، قال أحمد معناه إذا أكل وشرب يشكر الله ويحمده على ما رزقه ، وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله فان نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل باسم الله أوله وآخره ، رواه أبو داود ، وعن معاذ بن أنس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أكل طعاما فقال الحمد لله الذى أطعمنى هذا ورزقنيه من غير حول منى ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه ،

وعن أبي سعيد قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أكل طعاما قال : الحمد لله الذى أطعمنى وسقانا وجعلنا مسلمين ، وعن أبي أمامة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا رفع طعامه أو ما بين يديه قال : الحمد لله حمداً كثيراً مباركا فيه غير مكفى ولا مودع ، رواه ابن ماجه .

(فصل) ويأكل يمينه ويشرب بها لما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه وإذا شرب فليشرب بيمينه فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله ، رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه .
ويستحب الأكل بثلاث أصابع لما روى كعب بن مالك قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل بثلاث أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها ، رواه الإمام أحمد وذكر له حديث ترويه ابنة الزهري أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل بكفه كلها فلم يصححه ولم ير إلا ثلاث أصابع ، وروى عن أحمد أنه أكل خبيصا بكفه كلها ، وروى عن عبد الله بن بريدة أنه كان ينهى بنياته أن يأكلن بثلاث أصابع وقال لا تشبهن بالرجال .

(فصل)

قال مهنا سألت أحمد عن حديث عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تقطعوا اللحم بالسكين فإن ذلك صنيع الأعاجم ، فقال ليس بصحيح لانعرف هذا وقال حديث عمرو بن أمية الضمري خلاف هذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يحتز من لحم الشاة فقام الى الصلاة وطرح السكين وحديث مسعر عن جامع بن شداد عن المغيرة يشكرى عن المغيرة بن شعبه ضفت برسول الله صلى الله عليه وسلم ذات ليلة فأمر بحجب فشوى ثم أخذ الشفرة فجعل يحز فجاء بلال يؤذنه بالصلاة فالتقى الشفرة ، قال وسألت أحمد عن حديث أبي جحيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ما كفف جشاءك يا أبا جحيفة فإن أكثركم شبعاً اليوم أكثركم جوعاً يوم القيامة ، فقال هو ويحيى جميعاً ليس بصحيح .

(فصل) وروى عن ابن عباس قال لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الأناة ،
وعن أنس قال ما أكل النبي صلى الله عليه وسلم على خوان ولا في سكرجة قال قتادة : فعلام كانوا يا كلون ؟ قال على السفر ، وعن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يقام على الطعام حتى يرفع ،
وعن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا وضعت المائدة

فلا يقيم رجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده وإن شبع حتى يفرغ القوم ولا يعذر فإن الرجل يخجل جليسه فيقبض يده وعسى أن يكون له في الطعام حاجة ، وعن نبيشة قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : من أكل في قصعة فاحسبها استغفرت له القصعة .

وعن جابر قال : قال رسول الله (ص) : لا يمسح أحدكم يده حتى يلعقها فإنه لا يدرى في أى طعامه البركة ، رواه ابن ماجه .

(فصل : وسئل أبو عبد الله عن غسل اليد بالنجاسة فقال : لا بأس به نحن نفعله ، وسئل عن الرجل يأتي القوم وهم على طعام فجأة لم يدع اليه فلما دخل اليهم دعوه هل يأكل ؟ قال نعم وما بأس ، وسئل عن حديث النبي (ص) أنه ادخر لأهله قوت سنة هو صحيح ؟ قال نعم ولكنهم يختلفون في لفظه .

(فصل) عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء الى سعد بن عبادَةَ فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال للنبي صلى الله عليه وسلم : أفطر عندكم الصائمون وأكل طعامكم الأبرار وصلت عليكم الملائكة .

وعن جابر قال صنع أبو الهيثم بن التيهان للنبي صلى الله عليه وسلم طعاما فدعا النبي (ص) وأصحابه فلما فرغوا قال : أثيبوا أخاكم ، قالوا يا رسول الله وما أثابته ؟ قال : إن الرجل إذا دخل بيته فأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك أثابته ، رواه أبو داود والله أعلم .

كتاب الإيضاح

الأصل في مشروعية الأضحية الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله سبحانه (فصل لربك وانحر) قال بعض أهل التفسير المراد به الأضحية بعد صلاة العيد .

وأما السنة : فما روى أنس قال « صلى النبي صلى الله عليه وسلم بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده وسمى وكبر ووضع رجله على صفاحهما ، متفق عليه ، والأملح الذي فيه بياض وسواد وبياضه أغلب قاله الكسائي : وقال ابن الأعرابي هو النقي البياض قال الشاعر :

حتى اكتسى الرأس قناعاً شيباً أملح لا لداً ولا حيباً
وأجمع المسلمون على مشروعية الأضحية .

« مسألة ، قال (والأضحية سنة لا يستحب تركها لمن يقدر عليها)

أكثر أهل العلم يرون الأضحية سنة مؤكدة غير واجبة . روى ذلك عن أبي بكر وعمر وبلال وأبي مسعود البدرى رضى الله عنهم ، وبه قال سويد بن غفله وسعيد بن المسيب وعلقمة والأسود وعطاء والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال ربيعة ومالك والثوري والأوزاعي والليث وأبو حنيفة هي واجبة لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا » وعن محنف بن سليم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يا أيها الناس ان على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعتيرة » .

ولنا ما روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث كتبت على وحن لكم تطوع ، وفي روايه « الوتر والنحر وركعتا الفجر » ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أراد أن يضحى فدخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئاً » رواه مسلم علقه على الإرادة والواجب لا يعلق على الإرادة ، ولأنها ذبيحة لم يجب تفريق لحمها فلم تكن واجبة كالعقيقة ، فأما حديثهم

فقد ضعفه أصحاب الحديث ثم نحمه على تأكيد الاستحباب كما قال : غسل الجمعة واجب على كل محتلم ، وقال : من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا ، وقد روى عن أحمد في اليتيم . يضحى عنه وليه إذا كان موسراً ، وهذا على سبيل التوسعة في يوم العيد لا على سبيل الإيجاب

(فصل) والأضحية أفضل من الصدقة بقيمتها نص عليه أحمد وبهذا قال ربيعة وأبو الزناد ، وروى عن بلال أنه قال : ما أبالي أن لا أضحي إلا بديك ، ولأن أضحه في يتييم قد ترب فوه فهو أحب إلى من أن أضحي ، وبهذا قال الشعبي وأبو ثور وقالت عائشة : لأن أتصدق بخاتمي هذا أحب إلى من أن أهدى إلى البيت ألفاً ، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى والحلفاء بعده ولو علموا أن الصدقة أفضل لعدلوا إليها . وروى عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما عمل ابن آدم يوم النحر عملاً أحب إلى الله من إراقة دم وإنه ليؤتى يوم القيامة بقرونها وأظلافها وأشعارها وإن الدم ليقع من الله بمكان قبل أن يقع على الأرض فطيبوا بها نفساً ، رواه ابن ماجه ، ولأن إثار الصدقة على الأضحية يفضي إلى ترك سنة سنّها رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأما قول عائشة فهو في الهدى دون الأضحية وليس الخلاف فيه .

« مسألة » قال (ومن أراد أن يضحى فدخل العشر فلا يأخذ من شعره

ولا بشرته شيئاً)

ظاهر هذا تحريم قص الشعر ، وهو قول بعض أصحابنا وحكاه ابن المنذر عن أحمد وإسحاق وسعيد بن المسيب . وقال القاضي وجماعة من أصحابنا هو مكروه غير محرم ، وبه قال مالك والشافعي لقول عائشة : كنت أقتل قلائد هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يقلدها بيده ثم يبعث بها ، ولا يحرم عليه شيء أحله الله له حتى ينحر الهدى ، متفق عليه

وقال أبو حنيفة : لا يكره ذلك لأنه لا يحرم عليه الوطء واللباس فلا يكره له حلق الشعر وتقليم الأظفار كما لو لم يرد أن يضحى .

ولنا ما روت أم سلمة عن رسول الله (ص) انه قال : اذا دخل العشر وأراد أحدكم ان يضحى فلا يأخذ من شعره ولا من أظفاره شيئا حتى يضحى ، رواه مسلم ومقتضى النهى التحريم وهذا يرد القياس ويبطله ، وحديثهم عام وهذا خاص يجب تقديمه بتنزيل العام على ما عدا ما تناوله الحديث الخاص ، ولانه يجب حمل حديثهم على غير محل النزاع لوجوه ، منها أن النبي (ص) لم يكن ليفعل ما نهى عنه ، وان كان مكروها ، قال الله تعالى اخبارا عن شعيب (وما أريد ان أخالفكم الى ما أنهاكم عنه) ولان أقل احوال النهى أن يكون مكروها ولم يكن النبي (ص) ليفعله ، فيتعين حمل ما فعله في حديث عائشة على غيره ، ولان عائشة تعلم ظاهراً ما يباشرها به من المباشرة أو ما يفعله دائماً كاللباس والطيب .

فأما ما يفعله نادراً كقص الشعر وقلم الأظفار مما لا يفعله في الايام الا مرة فالظاهر أنها لم ترده بخبرها ، وان احتمل ارادتها اياه فهو احتمال بعيد ، وما كان هكذا فاحتمال تخصيصه قريب فيكفي فيه أدنى دليل ، وخبرنا دليل قوى فكان أولى بالتخصيص ، ولان عائشة تخبر عن فعله وأم سلمة عن قوله والقول يقدم على الفعل لاحتمال ان يكون فعله خاصا له .

اذا ثبت هذا فإنه يترك قطع الشعر وتقليم الأظفار فإن فعل استغفر الله تعالى ولا فدية فيه اجماعا سواء فعله عمدا او نسيانا .

« مسأله ، قال (وتجزىء البدنة عن سبعة وكذلك البقرة)

وهذا قول اكثر اهل العلم ، روى ذلك عن علي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء وطاوس وسالم والحسن وعمر بن دينار والثوري والاوزاعي والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي ، وعن عمر انه قال : لا تجزىء نفس واحدة عن سبعة ، ونحوه قول مالك ، قال احمد : ما علمت احداً الا يرخص في ذلك الا ابن عمر

وعن سعيد بن المسيب ان الجزور عن عشرة والبقرة عن سبعة ، وبه قال اسحاق لما روى رافع ، ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم فعدل عشرة من الغنم

بغير ، متفق عليه . وعن ابن عباس قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فحضر الاضحية فاشترى ككنا في الجزور عن عشرة والبقرة عن سبعة ، رواه ابن ماجه .

ولنا ما روى جابر قال : نحرنا بالحديبية مع النبي صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة ، وقال أيضا : كنا نتمتع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها ، رواه مسلم وهذا أصح من حديثهم ، وأما حديث رافع فهو في القسمة لا في الاضحية .

إذا ثبت هذا فسواء كان المشتركون من أهل بيت أو لم يكونوا ، مفترضين أو متطوعين أو كان بعضهم يريد القرية وبعضهم يريد اللحم لأن كل إنسان منهم إنما يجزى عنه نصيبه فلا تقصره نية غيره في عشرة .

(فصل)

ولا بأس أن يذبح الرجل عن أهل بيته شاة واحدة أو بقرة أو بدنة ، نص عليه أحمد وبه قال مالك والليث والاوزاعي وإسحاق . وروى ذلك عن ابن عمر وأبي هريرة ، قال صالح قلت لأبي يضحى بالشاة عن أهل البيت ؟ قال نعم لا بأس قد ذبح النبي صلى الله عليه وسلم كبشين فقرب أحدهما فقال : بسم الله اللهم هذا عن محمد وأهل بيته ، وقرب الآخر فقال : بسم الله اللهم هذا منك ولك عن محمد من أمي ، . وحكى عن أبي هريرة أنه كان يضحى بالشاة فتجىء ابنته فتقول عني ؟ فيقول وعنك ، وكره ذلك الثوري وأبي حنيفة لأن الشاة لا تجزى عن أكثر من واحد فإذا اشترك فيها اثنان لم تجز عنهما كالأجنبيين .

ولنا ما روى مسلم بإسناده عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بكبش ليضحى به فأضجعه ثم ذبحه ثم قال : بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد ، وعن جابر قال : ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الذبح كبشين أملحين أقرنين فلما وجههما قال : وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض على ملة إبراهيم حنيفا مسلما وما أنا من المشركين . إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين ، اللهم منك ولك عن محمد وأمتي ، بسم الله والله أكبر ثم ذبح ، رواه أبو داود .

وروى ابن ماجه عن ابي ايوب قال : كان الرجل في عهد النبي (ص) يضحى بالشاة عنه وعن أهل بيته فيأكلون ويطعمون الناس ، حديث حسن صحيح .
 (فصل) وأفضل الاضاحى البدنة ثم البقرة ثم الشاة ثم شرك في بقرة ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعى ، وقال مالك الأفضل الجذع من الضأن ثم البقرة ثم البدنة ، لان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين ولا يفعل الا الأفضل ، ولو علم الله خيراً منه لفدى اسحاق به .

ولما قول النبي صلى الله عليه وسلم في الجمعة : من راح في الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ، ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً ، ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ، ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة ، ولأنه ذبح يتقرب به الى الله تعالى فكانت البدنة فيه أفضل كالمهدي فإنه قد سلمه ، ولأنها أكثر ثمناً ولما وأنفع . فاما التضحية بالكبش فلأنه أفضل اجناس الغنم ، وكذلك حصول الفداء به أفضل والشاة أفضل من شرك في بدنة لان اراقه الدم مقصودة في الاضحية والمفرد يتقرب بإراقته كله ، والكبش أفضل الغنم لأنه أضحية النبي (ص) وهو اطيب لحماً .

وذكر القاضى ان جذع الضأن افضل من ثنى المعز لذلك ، ولانه يروى عن النبي (ص) انه قال : نعم الاضحية الجذع من الضأن ، . وهو حديث غريب ، ويحتمل ان الثنى افضل لقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا تذبحوا الا مسنة فإن عسر عليكم فاذبحوا الجذع من الضأن ، رواه مسلم وابو داود ، وهذا يدل على فضل الثنى على الجذع لكونه جعل الثنى اصلاً والجذع بدلاً لا ينتقل اليه الا عند عدم الثنى .

(فصل) ويسن استسمان الاضحية واستحسانها لقول الله تعالى (ذلك ومن يعظم شعائر الله فإنها من تقوى القلوب) قال ابن عباس : تعظيمها استسمانها واستعظامها استحسانها ، ولان ذلك اعظم لاجرها واكثر لنفعها ، والأفضل في الاضحية من الغنم في لونها البياض لما روى عن مولاة ابي ورقة بن سعيد قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : دم عفراء اذكى عند الله من دم سوداوين ،

رواه أحمد بمعناه ، وقال أبو هريرة : « دم بيضاء أحب الى الله من دم سوداوين ، ولأنه لون أضحية النبي صلى الله عليه وسلم ثم ما كان أحسن لونا فهو أفضل . »

« مسألة ، قال (ولا يجزىء إلا الجذع من الضأن والثني من غيره)

وبهذا قال مالك والليث والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال ابن عمر والزهرى لا يجزىء الجذع لأنه لا يجزىء من غير الضأن فلا يجزىء منه كالحمل ، وعن عطاء والأوزاعي فلا يجزىء الجذع من جميع الأجناس لما روى مجاشع بن سليم قال : سمعت النبي (ص) يقول : « إن الجذع يوفى مما يوفى منه الثني ، رواه أبو داود والنسائي . »

ولنا على أن الجذع من الضأن يجزىء حديث مجاشع وأبي هريرة وغيرهما وعلى أن الجذعة من غيرها لا تجزىء قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا تذبحوا إلا مسنة فإن عسر عليكم فاذبحوا الجذع من الضأن ، . »

وقال أبو بردة بن نيار . عندي جذعة أحب الى من شاتين فهل تجزىء عنى قال : « نعم ولا تجزىء . » عن أحد بعدك ، متفق عليه ، وحديثهم محمول على الجذع من الضأن لما ذكرنا ، قال إبراهيم الحربي إنما يجزىء الجذع من الضأن لأنه ينزو فيلقح فإذا كان من المعز لم يلقح حتى يكون ثنيا .

(فصل) ولا يجزىء فى الأضحية غير بهيمة الأنعام ، وإن كان أحد أبويه وحشيا لم يجزىء أيضا ، وحكى عن الحسن بن صالح أن بقرة الوحش تجزىء عن سبعة والظبي عن واحد ، وقال أصحاب الرأي ولد البقرة الأنسية يجزىء ، وإن كان أبوه وحشيا ، وقال أبو ثور : يجزىء إذا كان منسوباً الى بهيمة الأنعام . ولنا قول الله تعالى (ليذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الأنعام) ومعنى الإبل والبقر والغنم وعلى أصحاب الرأي أنه متولد من بين ما يجزىء ومالا يجزىء فلم يجزىء كما لو كانت الأم وحشية .

« مسألة ، قال (والجذع من الضأن ماله ستة أشهر ودخل فى السابع)

قال أبو القاسم : وسمعت أبي يقول سألت بعض أهل البادية كيف تعرفون

الضأن إذا أجذع ؟ قال : لا تزال الصوفة قائمة على ظهره ما دام حملاً فإذا نامت الصوفة على ظهره علم أنه قد أجذع ، وثني المعز إذا تمت له سنة ودخل في الثانية والبقرة إذا صار لها سنتان ودخلت في الثالثة ؛ والإبل إذا كمل لها خمس سنين ودخلت في السادسة .

قال الأصمعي وأبو زياد الكلابي وأبو زيد الأنصاري إذا مضت السنة الخامسة على البعير ودخل في السادسة وألقي ثنيته فهو حيثنذ ثني ونرى إنما سمي ثنياً لأنه ألقى ثنيته ، وأما البقرة فهي التي لها سنتان لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تذبحوا إلا مسنة ، ومسنة البقر التي لها سنتان ، وقال وكيع الجذع من الضأن يكون ابن سبعة أو ستة أشهر .

« مساله ، قال (ويجتنب في الضحايا العوراء البين عورها والعجفاء التي لا تنقي والعرجاء البين عرجها والمريضة التي لا يرجى برؤها والمضباء ، والمعضب ذهاب أكثر من نصف الأذن أو القرن)

أما العيوب الأربعة الأولى : فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أنها تمنع الأجزاء لما روى البراء قال : قام فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « أربع لا تجوز في الأضاحي . العوراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين ضلعها والعجفاء التي لا تنقي ، رواه أبو داود والنسائي .

ومعنى العوراء البين عورها التي قد انخسفت عينها وذهبت لأنها قد ذهبت عينها والعين عضو مستطاب فإن كان على عينها بياض ولم تذهب جازت التضحية بها لأن عورها ليس بين ولا ينقص ذلك لحمها ، والعجفاء المزولة التي لا تنقي هي التي لا مخ لها في عظامها لهاها والنقي المخ قال الشاعر :

لا تشككين عملاً ما أنقن ما دام مخ في سلامي أو عين

فهذه لا تجزى . لأنها لا لحم فيها إنما هي عظام مجتمعة ، وأما العرجاء البين عرجها : فهي التي بها عرج فاحش وذلك بمنعها من اللحاق بالغنم فتسبقها إلى السكلا فيرعينه ولا تدركهن فينقص لحمها فإن كان عرجا يسيراً لا يفضي بها إلى ذلك أجزاء .

وأما المريضة التي لا يرجى برؤها : فهي التي بها مرض قد يئس من زواله لأن ذلك ينقص لحمها وقيمتها نقصا كبيرا والذي في الحديث المريضة البين مرضها وهي التي يبين أثره عليها لأن ذلك ينقص لحمها ويفسده وهو أصح .

وذكر القاضي أن المراد بالمريضة الجرباء لأن الجرب يفسد اللحم ويهزل إذا كثر وهذا قول أصحاب الشافعي ، وهذا تقييد للمطلق وتخصيص للعموم بلا دليل فالمعنى يقتضى العموم كما يقتضيه اللفظ فإن كان المرض يفسد اللحم وينقصه فلا معنى للتخصيص مع عموم اللفظ والمعنى .

وأما العضب : فهو ذهب أ كثر من نصف الأذن أو القرن وذلك يمنع الإجزاء أيضا ، وبه قال النخعي وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة والشافعي تجزئ مكسورة القرن ، وروى نحو ذلك عن علي وعمار وابن المسيب والحسن ، وقال مالك إن كان قرنها يدمى لم يجز والا جاز .

وقال عطاء ومالك : إذا ذهبت الأذن كلها لم يجز وإن ذهب يسير جاز ، واحتجوا بأن قول النبي صلى الله عليه وسلم : أربع لا تجوز في الأضاحي ، يدل على أن غيره يجزئ . ولأن في حديث البراء عن عبيد بن فيروز قال : قلت للبراء فإني أكره النقص من القرن ومن الذنب فقال أكره لنفسك ما شئت وإياك أن تضيق على الناس ، ولأن المقصود اللحم ولا يؤثر ذهاب ذلك فيه . ولنا ما روى علي رضي الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحي بأعضب القرن والأذن ، .

قال قتادة : فسألت سعيد بن المسيب فقال : نعم العضب النصف فأكثر من ذلك رواه الشافعي وابن ماجه . وعن علي رضي الله عنه قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والأذن ، رواه أبو داود والنسائي ، وهذا منطوق يقدم على المفهوم .

(فصل) ولا تجزئ العمياء لأن النهي عن العوراء تنبيه على العمياء وإن لم يكن عماها بينا لأن العمى يمنع مشيها مع الغنم ، ومشاركتها في العلف ولا تجزئ ما قطع منها عضو كالالية والأطباء لأن ابن عباس قال لا تجوز العجفاء ولا الجداء

قال أحد : هي التي قد يبس ضرعها ولأن ذلك أبلغ في الإخلال بالمقصود من ذهاب شحمة العين .

(فصل) ويجزى الخصى لأن النبي (ص) « ضحى بكبشين موجوءين ، والوجاء رض الخصيتين وما قطعت خصيتاه أو شلتا فهو كالموجوء لأنه في معناه ولأن الخصاء ذهاب عضو غير مستطاب يطيب اللحم بذهابه ويكثر ويسمن ، قال الشعبي ما زاد في لحمه وشحمه أكثر مما ذهب منه وبهذا قال الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولانعلم فيه مخالفاً (فصل) وتجزى الجماء وهي التي لم يخلق لها قرن والصمعاء وهي الصغيرة الاذن والبتراء وهي التي لا ذنب لها سواء كان خلقه أو مقطوعا وعن لم ير بأسا بالبتراء ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن وسعيد بن جبير والنخعي والحكم ، وكره الليث أن يضحى بالبتراء ما فوق القصبة .

وقال ابن حامد . لا تجوز التضحية بالجماء لان ذهاب أكثر من نصف القرن يمنع فذهاب جميعه أولى ولأن ما منع منه العور يمنع منه العمى وكذلك ما منع منه العضب يمنع منه كونه أجم أولى .

ولنا أن هذا نقص لا ينقص اللحم ولا يخل بالمقصود ولم يرد به نهى فوجب أن يجزى ، وفارق الغنم فإن النهى عنه وارد وهو عيب فإنه ربما أدى وآلم الشاة فيكون كمرضها ويقبح منظرها بخلاف الاجم فإنه حسن في الخلقة ليس بمرض ولا عيب الا أن الفضل ما كان كامل الخلقة فإن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبش أقرن محيل وقال « خير الاضحية الكبش الاقرن ، وأمر باستشراف العين والاذن .

(فصل) وتكره المشقوقة الاذن والمثقوبة وما قطع شيء منها لما روى عن علي رضي الله عنه قال « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن ولا نضحى بمقابلة ولا مدابرة ولا خرقاء ولا شرقاء .

قال زهير قلت لأبي اسحاق : ما المقابلة ؟ قال : تقطع طرف الاذن قلت : فما المدابرة ؟ قال : تقطع من مؤخر الاذن ، قلت : فما الخرقاء ؟ قال : تشق الاذن ، قلت : فما الشرقاء . قال : تشق أذن السمة ، رواه أبو داود والنسائي .

قال القاضي : الخرقاء التي انشقت أذنها وهذا نهى تنزيه ويحصل الاجزاء بها ولا نعلم فيه خلافاً ، ولان اشتراط السلامة من ذلك يشق اذ لا يكاد يوجد سالم من هذا كله :

« مسألة ، قال (ولو أوجبها سليمة فعابت عنده ذبحها وكانت أضحية) .

وجملته : أنه إذا أوجب أضحية صحيحة سليمة من العيوب ثم حدث بها عيب يمنع الاجزاء ذبحها وأجزأته ، روى هذا عن عطاء والحسن والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وإسحاق .

وقال أصحاب الرأي لا تجزؤه لأن الأضحية عندهم واجبة فلا يبرأ منها إلا بإرافة دمها سليمة كما لو أوجبها في ذمته ثم عينها فعابت .

ولنا ما روى أبو سعيد قال : « ابتعنا كبشاً فضحى به فأصاب الذئب من ألبته فسألنا النبي صلى الله عليه وسلم فأمرنا أن نضحى به ، رواه ابن ماجه ، ولأنه عيب حدث في الأضحية الواجبة فلم يمنع الاجزاء كما لو حدث بها عيب بمعالجة الذبح ، ولا نسلم أنها واجبة في الذمة وإنما تعلق الوجوب بعينها ، فأما : إن تعينت بفعله فعليه بدلها ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إذا عالج ذبحها فقلعت السكين عينها أجزأت استحساناً .

ولنا : أنه عيب أحدث بها قبل ذبحها فلم تجزؤه كما لو كان قبل معالجة الذبح . (فصل) وإن نذر أضحية في ذمته ثم عينها في شاة تعينت فإن عابت تلك الشاة قبل ذبحها لم تجزؤه لأن ذمته لا تبرأ إلا بذبح شاة سليمة كما لو نذر عتق رقبة أو كان عليه عتق رقبة في كفارة فاشترأها ثم عابت عنده لم تجزؤه ، وإن قال الله على عتق هذا العبد فعاب أجزأ عنه .

(فصل) وإذا أتلّف الأضحية الواجبة فعليه قيمتها لأنها من المتقومات وتعتبر القيمة يوم أتلّفها فإن غلت الغنم فصار مثلاً خيراً من قيمتها فقال أبو الخطاب يلزمه مثلاً لأنه أكثر الأمرين ولأنه تعلق بها حق الله تعالى في ذبحها فوجب عليه مثلاً كما لو لم تعيب بخلاف الأدمى وهذا مذهب الشافعي .

وظاهر قول القاضي أنه لا يلزمه إلا القيمة يوم إتلّفها ، وهو قول أبي حنيفة

لأنه إتلاف أوجب القيمة فلم يجب أكثر من القيمة يوم الإتلاف كما لو أتلّفها أجنبي وكسائر المضمونات ، فإن رخصت الغنم فزادت قيمتها على مثلها ، مثل أن كانت قيمتها عند إتلافها عشرة فصارت قيمة مثلها خمسة فعليه عشرة وجهاً واحداً فإن شاء اشترى بها أضحية واحدة تساوى عشرة وإن شاء اشترى اثنتين وإن شاء اشترى أضحية واحدة فإن فضل من العشرة ما لا يحى به أضحية اشترى به شركاً في بدنة ، فإن لم يتسع لذلك أو لم تمكنه المشاركة ففيه وجهان .

أحدهما . يشترى لحماً ويتصدق به ، لأن الذبح وتفرقة اللحم مقصودان ، فإذا تعذر أحدهما وجب الآخر .

والثاني يتصدق بالفضل لأنه إذا لم يحصل له التقرب بإراقة الدم كان اللحم وثمنه سواء ، فإن كان المتلف أجنبياً فعليه قيمتها يوم أتلّفها وجهاً واحداً ويلزمه دفعها إلى صاحبها ، فإن زاد على ثمن مثلها لحكمه حكم ما لو أتلّفها صاحبها ، وإن لم تبلغ القيمة ثمن أضحية فالحكم فيه على ما مضى فيما زاد على ثمن الأضحية في حق المضحى ، فإن تلفت الأضحية في يده بغير تفريط أو سرقة أو ضلت فلا شيء عليه لأنها أمانة في يده فلم يضمنها إذا لم يفرط كالوديعة

(فصل)

وإن اشترى أضحية فلم يوجبها حتى علم بها عيباً فله ردها إن شاء ، وإن شاء أخذ أرشها ، ثم إن كان عيبها يمنع أجزاءها لم يكن له التضحية بها ، وإلا فله أن يضحي بها والأرش له .

وإن أوجبها ثم علم أنها معيبة فذكر القاضي أنه مخير بين ردها وأخذ أرشها فإن أخذ أرشها لحكمه حكم الزائد عن قيمته الأضحية على ما ذكرناه ، ويحتمل أن يكون الارش له لأن إيجابها إنما صادفها بدون هذا الذي أخذ أرشه فلم يتعلق الإيجاب بالارش ولا بمبدله ، فأشبه ما لو تصدق بها ثم أخذ أرشها ، وعلى قول أبي الخطاب لا يملك ردها لأنه قد زال ملكه عنها بإيجابها فأشبه ما لو اشترى عبداً معيباً فأعتقه ثم علم عيبه ، وهذا مذهب الشافعي ، فعلى هذا يتعين أخذ الارش ، وفي كون الارش للمشتري ووجوبه في التضحية وجهان ، ثم ننظر فإن كان عيبها لا يمنع

اجزائها فقد صح إيجابها والتضحية بها ، وإن كان عييبها يمنع إجزائها لحكمه حكم ما لو أوجبها عالما بعيبها على ما سند كره في موضعه إن شاء الله تعالى

« مسأله ، قال (وان ولدت ذبح ولدها معها)

وجملته أنه إذا عين أضحية فولدت فولدها تابع لها حكمه حكمها ، سواء كان حملا حين التعيين أو حدث بعده ، وبهذا قال الشافعي ، وعن أبي حنيفة لا يذبحه ويدفعه إلى المساكين حيا ، وان ذبحه دفعه إليهم مذبوحا وأرش ما نقصه الذبح لأنه من ذائبها ولزمه دفعه إليهم على صفته كصوفها وشعرها ولنا أن استحقاق ولدها حكم يثبت للولد بطريق السراية من الأم فيثبت له ما يثبت لها كولد أم الولد والمذبرة .

إذا ثبت هذا فإنه يذبحه كما يذبحها لأنه صار أضحية على وجه النجس لأمه ولا يجوز ذبحه قبل يوم النحر ولا تأخيرها عن أيامه كأمه .

وقد روى عن علي رضي الله عنه أن رجلا سأله فقال : يا أمير المؤمنين ، إني اشتريت هذه البقرة لأضحى بها وإنها وضعت هذا العجل ؛ فقال علي لا تحلبها إلا فضلا عن تيسير ولدها فإذا كان يوم الاضحى فاذبحها وولدها عن سبعة ، رواه سعيد بن منصور عن أبي الأحوص عن زهير العبسي عن المغيرة بن حذاف عن علي (فصل) ولا يشرب من لبنها إلا الفاضل عن ولدها فإن لم يفضل عنه شيء أو كان الحلب يضر بها أو ينقص لحمها لم يكن له أخذه ، وإن لم يكن كذلك فله أخذه والانتفاع به وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يحلبها ويرش على الضرع الماء حتى ينقطع اللبن فإن احتلبها تصدق به لأن اللبن متولد من الأضحية الواجبة فلم يجز للمضحى الانتفاع به كالولد .

ولنا قول علي رضي الله عنه لا يحلبها إلا فضلا عن تيسير ولدها ولأنه انتفاع لا يضرها فأشبه الركوب ، ويفارق الولد فإنه يمكن إيصاله إلى محله . أما اللبن فإن حلبه وتركه فسد وإن لم يحلبه تعقد الضرع وأضر بها فجوز له شربه ، وإن تصدق به كان أفضل ، وإن احتلب ما يضر بها أو بولدها لم يجز له وعليه أن يتصدق به ، فإن قيل فصوفها وشعرها ووبرها إذا جزه تصدق به ولم ينتفع به فلم

أجزتم له الانتفاع باللبن ، قلنا الفرق بينهما من وجهين . أحدهما أن لبنها يتولد من غذائها وعلفها وهو القائم به فجاز صرفه إليه ، كما أن المرتن إذا علف الرهن كان له أن يحلب ويركب ، وليس له أن يأخذ الصوف ولا الشعر .

الثاني أن الصوف والشعر ينتفع به على الدوام فحري مجرى جلدها وأجزائها واللبن يشرب ويؤكل شيئا وشيئا فحري مجرى منافعها وركوبها ، ولأن اللبن يتجدد كل يوم ، والصوف والشعر عين موجودات دائمة في جميع الأحوال .

(فصل) وأما صوفها فإن كان جزءه أنفع لها ، مثل أن يكون في زمن الربيع تخف بجزءه وتسمن جاز جزءه ويتصدق به ، وإن كان لا يضر بها لقرب مدة الذبح أو كان بقاءه أنفع لها لكونه يقيمها الحر والبرد لم يجز له أخذه كما أنه ليس له أخذ بعض أجزائها .

« مسألة ، قال (وإيجابها أن يقول هي اضحية)

وجملة ذلك أن الذي تجب به الاضحية وتعين به هو القول دون النية ، وهذا منصوص الشافعي . وقال مالك وأبو حنيفة : إذا اشترى شاة أو غيرها بنية الاضحية صارت اضحية لأنه مأمور بشراء اضحية ، فإذا اشتراها بالنية وقعت عنها كالوكيل .

ولنا أنه إزالة ملك على وجه القرينة فلا تؤثر فيه النية المقارنة للشراء كالعتق والوقف ، ويفارق البيع فإنه لا يمكنه جعله لموكله بعد إيقاعه ، وههنا بعد الشراء يمكنه جعلها اضحية ، فأما إذا قال هذه اضحية صارت واجبة كما يعتق العبد بقول سيده هذا حر ، ولو أنه قلدها أو أشعرها بنوى به جعلها اضحية لم تصر اضحية حتى ينطق به لما ذكرنا .

« مسألة ، قال (ولو أوجبها ناقصة ذبحها ولم تجزئه)

يعنى إذا كانت ناقصة نقصا يمنع الأجزاء فأوجبها وجب عليه ذبحها ، لأن إيجابها كالنذر لذبحها فيلزمه الوفاء به ، ولأن إيجابها كنذر هدى من غير بهيمة الأنعام فإنه يلزمه الوفاء به ولا يجزئه عن الاضحية الشرعية ولا تكون اضحية لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أربع لا تجزى في الأضاحي ، ولكنه يذبحها

ويثاب على ما يتصدق به منها كما يثاب على الصدقة بما لا يصلح أن يكون هدياً وكما لو أعتق عن كفارته عبداً لا يجزىء في الكفارة إلا أنه هنا لا يلزمه بدلها لأن الأضحية في الأصل غير واجبة ولم يوجد منه ما يوجبها، وإن كانت الأضحية واجبة عليه مثل من نذر أضحية في ذمته أو أتلّف أضحيته التي أوجبها لم تجزئه هذه عما في ذمته، فإن زال عيها كان كانت عجباً فزال عجبها أو مريضة فبرأت أو عرجاء فزال عرجها فقال القاضي قياس المذهب أنها تجزى.

وقال أصحاب الشافعي لا تجزى لأن الاعتبار بحال إيجابها ولأن الزيادة فيها كانت للمساكين كما أن نقصها بعد إيجابها عليهم لا يمنع من كونها أضحية. ولنا أن هذه أضحية يجزى مثلها فيجزى كما لو لم يوجبها إلا بعد زوال عيها.

مسألة، قال (ولا تباع أضحية الميت في دينه وبأكلها ورثته)

يعنى إذا أوجب أضحية ثم مات لم يجز بيعها وإن كان على الميت دين لا وفاء له وبهذا قال أبو ثور ويشبهه مذهب الشافعي، وقال الأوزاعي : إن ترك ديناً لا وفاء له إلا منها بيعت فيه .

وقال مالك : إن تشاجر الورثة فيها باعوها . ولنا أنه تعين ذبحها فلم يصح بيعها في دينه كما لو كان حياً ، إذا ثبت هذا : فإن ورثته يقومون مقامه في الأكل والصدقة والهدية لأنهم يقومون مقام موروثهم فيما له وعليه .

(فصل) واختلفت الرواية هل تجوز التضحية عن اليتيم من ماله ؟ فروى أنه ليس للولي ذلك لأنه إخراج شيء من ماله بغير عوض فلم يجز كالصدقة والهدية وهذا مذهب الشافعي ، وروى أن للولي أن يضحى عنه إذا كان موسراً ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك .

وقال مالك : إذا كان له ثلاثون ديناراً يضحى عنه بالشاة بنصف دينار لأنه إخراج مال يتعلق بيوم العيد لحاج إخراج من مال اليتيم كصدقة الفطر فعلى هذا يكون إخراجها من ماله على سبيل التوسعة عليه والتطبيب لقلبه وإشراكه لامثاله في مثل هذا اليوم كما يشتري له الثياب الرفيعة للتجمل والطعام الطيب ويوسع عليه في النفقة ؛ وإن لم يجب ذلك .

ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في الروايتين على حالين فالوضع الذي منع التضحية إذا كان اليتيم طفلا لا يعقل التضحية ولا يفرح بها ولا يكسر قلبه بتركها لعدم الفائدة فيها فيحصل إخراج ثمنها تصديق مال لا فائدة فيه والموضع الذي أجازها إذا كان اليتيم يعقلها وينجز قلبه بها وينكسر بتركها لحصول الفائدة منها والضرر بتفويتها .

واستدل أبو الخطاب بقول أحمد : يضحى عنه - على وجوب الأضحية والصحيح إن شاء الله تعالى ما ذكرناه وعلى كل حال متى ضحى عن اليتيم لم يتصدق بشيء منها ويوفرها لنفسه لأنه لا يجوز الصدقة بشيء من مال اليتيم تطوعا .

« مسألة ، قال (والاستحباب أن يأكل ثلث أضحيته ويهدي ثلثها ويتصدق بثلثها ولو أكل أكثر جاز) »

قال أحمد نحن نذهب إلى حديث عبد الله ، يأكل هو الثلث ويطعم من أراد الثلث ويتصدق على المساكين بالثلث .

قال علقمة بعث معي عبد الله بهدية فأمرني أن آكل ثلثا وأن أرسل إلى أهل أخيه عتبة بثلث وأن أتصدق بثلث ، وعن ابن عمر قال الضحايا والهدايا ثلث لك وثلث لأهلك وثلث للمساكين ، وهذا قول إسحاق وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر جعلها نصفين يأكل نصفها ويتصدق بنصف لقول الله تعالى (فأكوا منها وأطعموا البائس الفقير) .

وقال أصحاب الرأي ما أكثر من الصدقة فهو أفضل لأن النبي صلى الله عليه وسلم أهدى مائة بدنة وأمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فأكل هو وعلى من لحها وحسبا من مرقها ونحر خمس بدنات أو ست بدنات وقال « من شاء فليقتطع ولم يأكل منهن شيئا » .

ولنا ما روى عن ابن عباس في صفة أضحية النبي صلى الله عليه وسلم قال « ويطعم أهل بيته الثلث ويطعم فقراء جيرانه الثلث ويتصدق على السائل بالثلث » رواه الحافظ أبو موسى الأصفهاني في الوظائف ؛ وقال حديث حسن ولأنه قول ابن مسعود وابن عمر ولم نعرف لهما مخالفا في الصحابة فكان إجماعا ولأن الله تعالى

قال (فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر) والقانع السائل : يقال قنع قنوعا اذا سأل وقنع قناعة اذا رضى قال الشاعر :

لـمـال المرء يصلحه فيغنى مفاقره أعف من القنوع
والمعتر الذي يعتربك أى يتعرض لك لتطعمه فلا يسأل ، فذكر ثلاثة أصناف فينبغى أن يقسم بينهم أثلاثا ؛ وأما الآية التى احتج بها أصحاب الشافعى فإن الله تعالى لم يبين قدر المال كقول منها والمتصدق به وقد نبه عليه فى آيتنا وفسره النبي (ص) بفعله وابن عمر بقوله وابن مسعود بأمره .

وأما خبر أصحاب الراى فهو فى الهدى والهدى يكثر فلا يتمكن الإنسان من قسمه وأخذ ثلثه فتتعين الصدقة بها والأمر فى هذا واسع فلو تصدق بها كلها أو بأكثرها جاز ، وإن أكلها كلها إلا أوقية تصدق بها جاز ، وقال أصحاب الشافعى يجوز أكلها كلها .

ولنا أن الله تعالى قال (فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر) وقال (وأطعموا البائس الفقير) والأمر يقتضى الوجوب ، وقال بعض أهل العلم يجب ألا كل منها ولا تجوز الصدقة بجميعها للأمر بالأكل منها .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نحر خمس بدنان ولم يأكل منهن شيئا وقال « من شاء فليقتطع » ولأنها ذبيحة يتقرب الى الله تعالى بها فلم يجب ألا كل منها كالعقيقة والأمر الاستحباب أو للأباحة كالأمر بالأكل من الثمار والزرع والنظر اليها

(فصل)

ويجوز ادخار لحوم الاضاحى فوق ثلاث فى قول عامة أهل العلم ولم يجزه على ولا ابن عمر رضى الله عنهما لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ادخار لحوم الاضاحى فوق ثلاث .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الاضاحى فوق ثلاث فامسكوا ما بدا لكم » رواه مسلم ، وروى عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إنما نهيتكم للذائفة التى ذفت فكلوا وتزودوا وتصدقوا وادخروا » .

وقال أحمد فيه أسانيد صحاح ، فأما علي وابن عمر فلم يبلغهما ترخيص رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد كانوا سمعوا النبي فرووا على ما سمعوا .

(فصل) ويجوز أن يطعم منها كافراً ، وبهذا قال الحسن وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك غيرهم أحب إلينا وكره مالك والليث إعطاء النصراني جلد الأضحية .

ولنا أنه طعام له أكله فجاز إطعامه للذي كسائر طعامه ولأنه صدقة تطوع فجاز إطعامها الذي والأسير كسائر صدقة التطوع ، فأما الصدقة الواجبة منها فلا يجرى دفعها إلى كافر لأنها صدقة واجبة فاشبهت الزكاة وكفارة اليمين .

« مسأله ، قال (ولا يعطى الجازر بأجرته شيئاً منها) »

وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، ورخص الحسن وعبد الله بن عبيد بن عمير في إعطائه الجلد .

ولنا ما روى علي رضي الله عنه قال : أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنه وأن أقسم جلودها وجلالها وأن لا أعطي الجازر شيئاً منها ، وقال « نحن نعطيهم من عندنا ، متفق عليه ، ولأن ما يدفعه إلى الجزار اجرة عوض عن عمله وجزارته ولا تجوز المعاوضة بشيء منها ، فأما أن دفع إليه لفقره أو على سبيل الهدية فلا بأس لأنه مستحق للأخذ فهو كغيره بل هو أولى لأنه باشرها وفاقته نفسه إليها .

« مسأله ، قال (وله أن ينتفع بجلدها ولا يجوز أن يبيعه ولا شيئاً منها) »

وجملة ذلك أنه لا يجوز بيع شيء من الأضحية لأحمها ولا جلدتها . واجبة كانت أو تطوعاً لأنها تعينت بالذبح ، قال أحمد : لا يبيعها ولا يبيع شيئاً منها ، وقال : سبحانه الله ، كيف يبيعها وقد جعلها الله تبارك وتعالى ؟ وقال الميموني : قالوا لابي عبد الله فجلد الأضحية يعطاه السلاخ ؟ قال : لا . وحكى قول النبي صلى الله عليه وسلم : لا يعطى الجازر في جزارتها شيئاً منها ، ثم قال بإسناده جيد ، وبهذا قال أبو هريرة ، وهو مذهب الشافعي ، ورخص الحسن والنخعي في الجلد أن يبيعه ويشتري به الغريبال والمنخل وآلة البيت .

وروى نحو هذا عن الاوزاعي لانه ينتفع به هو وغيره فحري مجرى تفريق اللحم ، وقال أبو حنيفة . يبيع ما شاء منها ويتصدق بثلثه ، وروى عن ابن عمر : أنه يبيع الجلد ويصدق بثلثه ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وإسحاق .

ولنا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقسم جلودها وجلالها ونهيه أن يعطى الجازر شيئاً منها . ولانه جعله الله تعالى فلم يجوز بيعه كالوقف ، وما ذكره في شراء آلة البيت يبطل باللحم لا يجوز بيعه بآلة البيت وان كان ينتفع به ، فأما جواز الانتفاع بجلودها وجلالها فلا خلاف فيه لانه جزء منها فجاز للمضحي الانتفاع به كاللحم وكان علقمه ومسروق يدبغان جلد أضحيتها ويصليان عليه .

وروت عائشة قالت : قلت يا رسول الله ، قد كانوا ينتفعون من ضحاياهم يحملون منها الودك ويتخذون منها الاسقية ، قال : وما ذاك ؟ ، قالت : نهيت عن إمساك لحوم الاضاحي فوق ثلاث قال : إنما نهيتكم للذافه التي ذفت فكلوا وتزودوا وتصدقوا ، حديث صحيح رواه مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة عن عائشة رضي الله عنها ولانه انتفاع به لجاز كلجمها .

مسألة ، قال (ويجوز أن يبدل الاضحية اذا أوجبها بخير منها)

هذا المنصوص عن أحمد وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة ومالك وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن ، واختار أبو الخطاب انه لا يجوز بيعها ولا إبدالها لان أحمد نص في الهدى إذا عطب أنه يجزى عنه وفي الاضحية إذا هلك أو ذبحها فسرقت لا بدل عليه ولو كان ملكه ما زال عنها لزمه بدلها في هذه المسائل ، وهذا مذهب أبي يوسف والشافعي وأبي ثور لانه قد جعلها الله تعالى فلم يملك التصرف فيها بالبيع والإبدال كالوقف .

ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة في حجته وقدم على من اليمين فأشركه فيها . رواه مسلم . وهذا نوع من الهبة أو بيع ولانه عدل عن عين وجبت لحق الله تعالى الى خير منها من جنسها فجاز كما لو وجبت عليه بنت لبون فأخرج حقة في الزكاة ، فأما بيعها فظاهر كلام الحرقى أنه لا يجوز . وقال القاضى : يجوز أن يبيعها ويشترى خيراً منها وهو قول عطاء ومجاهد

وأبي حنيفة لما ذكرنا من حديث بدن النبي صلى الله عليه وسلم وإشراكه فيها ،
ولأن ملكه لم يزل عنها بدليل جواز إبدالها ، ولأنها عين يجوز إبدالها لجواز بيعها
كما قبل إيجابها .

ولنا أنه جعلها لله تعالى فلم يحز بيعها كالوقوف وإنما جاز إبدالها بجنسها لأنه
لم يزل الحق فيها عن جنسها ؛ وإنما انتقل إلى خير منها فكأنه في المعنى ضم زيادة
اليها ، وقد جاز إبدال المصحف ولم يحز بيعه .

وأما حديث النبي صلى الله عليه وسلم فالظاهر أن النبي صلى الله عليه وسلم لم
يبعها وإنما شرك عليها في ثوابها وأجرها ، ويحتمل أن ذلك كان قبل إيجابها ،
وقول الحرقى : بخير منها يدل على أنه لا يجوز بدونها ، ولا خلاف في هذا لأنه
تفويت جزء منها فلم يحز كإتلافه ، وأنه لا يجوز بمثلها لعدم الفائدة في هذا ،
وقال القاضي في إبدالها بمثلها احتمالان .

أحدهما جوازه لأنه لا ينقص مما وجب عليه شيء .

ولنا أنه يغير ما أوجبه لغير فائدة فلم يحز كإبدالها بما دونها

« مسألة » قال (وإذا مضى من نهار يوم الاضحى مقدار صلاة العيد وخطبته
فقد حل الذبح إلى آخر يومين من أيام التشريق نهارا ولا يجوز ليلا)
الكلام في وقت الذبح في ثلاثة أشياء : أوله وآخره وعموم وقته أو خصوصه
أما أوله فظاهر كلام الحرقى أنه إذا مضى من نهار يوم العيد قدر تحل فيه الصلاة
وقدر الصلاة والخطبتين تامتين في أخف ما يكون فقد حل وقت الذبح ولا يعتبر
نفس الصلاة ، لا فرق في هذا بين أهل المصر وغيرهم وهذا مذهب الشافعي وابن
المنذر ، وظاهر كلام أحمد أن من شرط جواز التضحية في حق أهل المصر صلاة
الإمام وخطبته .

وروى نحو هذا عن الحسن والأوزاعي ومالك وأبي حنيفة وإسحاق لما
روى جندب بن عبد الله البجلي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ذبح قبل أن
يصل فليعد مكانها أخرى »

وعن البراء قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صلى صلاتنا ونسك
نسكنا فقد أصاب النسك ومن ذبح قبل أن يصل فليعد مكانها أخرى » متفق عليه

وفي لفظ قال : ان أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح ، فمن ذبح قبل الصلاة فتلك شاة لحم قدمها لأهله ليس من النسك في شيء ، وظاهر هذا اعتبار نفس الصلاة .

وقال عطاء وقتها اذا طلعت الشمس لأنها عبادة يتعلق آخرها بالوقت فتعلق أولها بالوقت كالصيام ، وهذا وجه قول الحرقى ومن وافقه ، والصحيح ان شاء الله تعالى أن وقتها في الموضع الذي يصلي فيه بعد الصلاة لظاهر الخبر والعمل بظاهره أولى : فأما غير أهل الامصار والقرى فأول وقتها في حقهم قدر الصلاة والخطبة بعد الصلاة ، لأنه لا صلاة في حقهم تعتبر فوجب الاعتبار بقدرها ، وقال ابو حنيفة : أول وقتها في حقهم اذا طلع الفجر الثاني لأنه من يوم النحر فكان وقتها منه كسائر اليوم .

ولما أنها عبادة وقتها في حق أهل المصر بعد اشراق الشمس فلا تتقدم وقتها في حق غيرهم كصلاة العيد ، وما ذكروه يبطل بأهل الامصار فإن لم يصل الامام في المصر لم يجز الذبح حتى تزول الشمس لأنها حينئذ تسقط فكأنه قد صلى وسواء ترك الصلاة عمداً أو غير عمد لعذر أو غيره

فأما الذبح في اليوم الثاني فهو في أول النهار لان الصلاة فيه غير واجبة ، ولان الوقت قد دخل في اليوم الاول وهذا من أثنائه فلا تعتبر فيه صلاة ولا غيرها ، وان صلى الامام في المصلي واستخلف من صلى في المسجد فمضى صلوا في أحد الموضعين جاز الذبح لوجود الصلاة التي يسقط بها الفرض عن سائر الناس ، فإن ذبح بعد الصلاة قبل الخطبة أجزأ في ظاهر كلام احمد لان النبي صلى الله عليه وسلم علق المنع على فعل الصلاة فلا يتعلق بغيره ، ولأن الخطبة غير واجبة ، وهذا قول الثوري .

الثاني : آخر الوقت ، وآخره آخر اليوم الثاني من أيام التشريق فتكون أيام النحر ثلاثة : يوم العيد ويومان بعده ، وهذا قول عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وابي هريرة وأنس . قال احمد : أيام النحر ثلاثة عن غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي رواية قال : خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يذكر أنسا ، وهو قول مالك والثوري وابي حنيفة .

وروى عن علي ، آخره آخر أيام التشريق ، وهو مذهب الشافعي وقول عطاء
والحسن لأنه روى عن جبير بن مطعم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيام منى
كلها منحر ، ولأنها أيام تكبير وإفطار فكانت محلاً للنحر كالأولين ، وقال ابن
سيرين لا تجوز إلا في يوم النحر خاصة لأنها وظيفة عيد فلا تجوز إلا في يوم
واحد كأداء الفطرة يوم الفطر

وقال سعيد بن جبير وجابر بن زيد كقول ابن سيرين في أهل الأمصار وقولنا
في أهل منى . وعن أبي سلية بن عبد الرحمن وعطاء بن يسار . تجوز التضحية إلى
هلال المحرم . وقال أبو أمامة بن سهل بن حنيف : كان الرجل من المسلمين يشتري
أضحيته فيسمنها حتى يكون آخر ذى الحجة فيضحى بها ، رواه الإمام أحمد بإسناده
وقال هذا الحديث عجيب ، وقال أيام الأضحية التي أجمع عليها ثلاثة أيام .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث
ولا يجوز الذبح في وقت لا يجوز ادخار الأضحية إليه ، ولأن اليوم الرابع
لا يجب الرمي فيه فلم تجز التضحية فيه كالذي بعده ، ولأنه قول من سمينا من
الصحابة ولا يخالف لهم إلا رواية عن علي ، وقد روى عنه مثل مذهبنا ، وحديثهم
إنما هو : ومنى كلها منحر ، ليس فيه ذكر الأيام ، والتكبير أعم من الذبح ،
وكذلك الإفطار بدليل أول يوم النحر ويوم عرفة يوم تكبير ولا يجوز الذبح فيه
الثالث في زمن الذبح ، وهو النهار دون الليل ، نص عليه أحمد في رواية الأثرم
وهو قول مالك ، وروى عن عطاء ما يدل عليه

وحكى عن أحمد رواية أخرى أن الذبح يجوز ليلاً ، وهو اختيار أصحابنا
المتأخرين ، وقول الشافعي وإسحاق وأبي حنيفة وأصحابه ، لأن الليل زمن يصح
فيه الرمي فأشبهه النهار .

ووجه قول الحرقى قول الله تعالى (ليذكروا اسم الله في أيام معلومات على
ما رزقهم من بهيمة الأنعام) وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه نهى عن
الذبح بالليل ، ولأنه ليل يوم يجوز الذبح فيه فأشبهه ليلة يوم النحر ، ولأن الليل
تتعدر فيه تفرقة اللحم في الغالب فلا يفرق طرياً فيفوت بعض المقصود ، ولهذا

قالوا يكره الذبيح فيه ، فعلى هذا ان ذبح ليلاً لم يجزئه عن الواجب وان كان تطوعاً فذبحها كانت شاة لحم ولم تكن أضحية فإن فرقها حصلت القرية بتفريقها دون ذبحها (فصل) اذا فات وقت الذبيح ذبح الواجب قضاء وصنع به ما يصنع بالمدبرح في وقته وهو مخير في التطوع فإن فرق لحمها كانت القرية بذلك دون الذبيح لأنها شاة لحم وليست أضحية ، وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة : يسلمها الى الفقراء ولا يذبحها ، فإن ذبحها فرق لحمها وعليه أرش ما نقصها الذبيح ، لان الذبيح قد سقط بفوات وقته .

ولنا أن الذبيح أحد مقصودي الأضحية فلا يسقط بفوات وقته كتفرقة اللحم وذلك أنه لو ذبحها في الايام ثم خرجت قبل تفريقها فرقها بعد ذلك ، ويفارق الوقوف والرمى ، ولان الأضحية لا تسقط بفواتها بخلاف ذلك .

فصل

واذا وجبت الأضحية بإيجابها لها فضلت أو سرت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه لأنها أمانة في يده فإن عادت اليه ذبحها سواء كان في زمن الذبيح أو فيما بعده على ما ذكرناه

مسألة ، قال (وان ذبح قبل ذلك لم يجزئه ولزمه البذل)

وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم من ذبح قبل ان يصل فليعد مكانها أخرى ، ولأنها نسبكية واجبة ذبحها قبل وقتها فلزمه بدلها كالمهدي اذا ذبحه قبل محله ، ويجب أن يكون بدلها مثلها أو خيراً منها لان ذبحها قبل محلها اتلاف لها ، وكلام الحرقى ومن أطلق من أصحابنا محمول على الأضحية الواجبة بنذر أو تعين ، فإن كانت غير واجبة بواحد من الأمرين فهي شاة لحم ولا بدل عليه الا أن يشاء ، لانه قصد التطوع فافسده فلم يجب عليه بدله ، كما لو خرج بصدقة تطوع فدفعها الى غير مستحقها ، والحديث يحمل على أحد أمرين إما الندب وإما على التخصيص بمن وجبت عليه بدليل ما ذكرنا ، فأما الشاة المذبوحة فهي شاة لحم كما وصفها النبي (ص) ومعناه يصنع بها ما شاء كشاة ذبحها للحمها لا لغير ذلك فإن هذه ان كانت واجبة فقد لزمه ابدالها وذبح ما يقوم مقامها ، فخرجت هذه عن

كونها واجبة كالهدي الواجب اذا عطب دون محله وان كان تطوعا فقد أخرجها
بذبحه إياها قبل محلها عن القربة فبقيت مجرد شاة لحم .
ويحتمل أن يكون حكمها حكم الاضحية كالهدي إذا عطب لا يخرج عن حكم
الهدي على رواية ويكون معنى قوله « شاة لحم » ، أى فى فضلها وثوابها خاصة
دون ما يصنع بها .

« مسألة » قال (ولا يستحب أن يذبحها إلا مسلم وإن ذبحها بيده كان أفضل)

وجملته : أنه يستحب أن لا يذبح الاضحية إلا مسلم لأنها قربة فلا يليها غير
أهل القربة وإن استتاب ذمياً فى ذبحها جاز مع الكراهة . وهذا قول الشافعى
وأبى ثور وابن المنذر

وحكى عن أحمد : لا يجوز أن يذبحها إلا مسلم وهذا قول مالك ، ومن كره ذلك
على وابن عباس وجابر رضى الله عنهم ، وبه قال الحسن وابن سيرين وقال جابر
لا يذبح النسك إلا مسلم لما روى فى حديث ابن عباس الطويل عن النبي صلى الله
عليه وسلم « ولا يذبح ضحايكم إلا طاهر » ، ولأن الشحوم تحرم علينا مما يذبحونه
على رواية فيكون ذلك بمنزلة إتلافه .

ولنا أن من جاز له ذبح غير الاضحية جاز له ذبح الاضحية كالمسلم ويجوز
أن يتولى الكافر ما كان قربة للمسلم كبناء المساجد والقناطر . ولا نسلم تحريم
الشحوم علينا بذبحهم ، والحديث محمول على الاستحباب ، والمستحب أن يذبحها
المسلم ليخرج من الخلاف وان ذبحها بيده كان أفضل لأن النبي صلى الله عليه وسلم
ضحى بكبشين أقرنين أملحين ذبحهما بيده وسمى وكبر ووضع رجله على صفاحهما
ونحر البدنات الست بيده ونحر من البدن التي ساقها فى حجته ثلاثاً وستين بدنة
بيده ولأن فعله قربة وفعل القربة أولى من استنابته فيها فإن استتاب فيها جاز
لأن النبي صلى الله عليه وسلم استتاب من نحر باقى بدنه بعد ثلاث وستين
وهذا لا شك فيه

ويستحب أن يحضر ذبحها لأن فى حديث ابن عباس الطويل « واحضروها
إذا ذبحتم فانه يغفر لكم عند أول قطرة من دمها » وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم

قال لفاطمة : احضري اضحيتك يغفر لك بأول قطرة من دمها ،

« مسألة ، قال (ويقول عند الذبح : بسم الله والله أكبر وإن نسي فلا يضره)

ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا ذبح قال بسم الله والله أكبر ، وفي حديث أنس سمى وكبر ، وكذلك كان يقول ابن عمر وبه يقول أصحاب الرأي ولا نعلم في استحباب هذا خلافا ولا في أن التسمية مجزئة ، وإن نسي التسمية أجزأه على ما ذكرنا في الذبائح ، وإن زاد فقال : اللهم هذا منك ولك اللهم تقبل مني أو من فلان لحسن وبه قال أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : يكره أن يذكر اسم غير الله لقول الله تعالى (وما أهل لغير الله به)

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بكبش له ليذبحه فأضجعه ثم قال : اللهم تقبل من محمد وآل محمد وأمة محمد ثم ضحى ، رواه مسلم ، وفي حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اللهم منك ولك عن محمد وأمه ، بسم الله والله أكبر ثم ذبح ، وهذا نص لا يعرج على خلافه

« مسألة ، قال (وليس عليه أن يقول عند الذبح عمن لأن النية تجزى)

لا أعلم خلافا في أن النية تجزى . وإن ذكر من يضحي عنه لحسن لما روينا من الحديث ، قال الحسن : يقول بسم الله والله أكبر هذا منك ولك تقبل من فلان ، وكره أهل الرأي هذا وقد ذكرناه في التي قبلها .

(فصل) وإن عين اضحية فذبحها غيره بغير اذنه أجزأت عن صاحبها ولا ضمان على ذابحها وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك : هي شاة لحم لصاحبها أرشها وعليه بدلها لأن الذبح عبادة فإذا فعلها غير صاحبها عنه بغير اذنه لم تقع الموقع كالزكاة ، وقال الشافعي تجزى عن صاحبها وله على ذابحها أرش ما بين قيمتها صحيحة ومذبوحة لأن الذبح أحد مقصودي المـدى فإذا فعله فاعل بغير إذن المضحى ضمنه كتفريق اللحم

ولنا : على مالك أنه فعل لا يفتقر إلى النية فإذا فعله غير صاحب أجزأ عنه كغسل ثوبه من النجاسة ، وعلى الشافعي أنها اضحية أجزأت عن صاحبها وقعت موقعها فلم يضمن ذابحها كما لو كان ياذن ، ولأنه أراقة دم تعين أراقته لحق الله

تعالى فلم بضمن مريقه كقاتل المرتد بغير إذن الامام ، ولأن الارش لو وجب فإنما يجب ما بين كونها مستحقة الذبح في هذه الايام متعينه له وما بين كونها مذبحه ولا قيمة لهذه الحياة ولا تفاوت بين القيمتين فتعذر وجود الارش ووجوبه ، ولانه لو وجب الارش لم يخل إما أن يجب للمضحى أو للفقراء ، لا جائز أن يجب للفقراء لانهم إنما يستحقونها مذبحه ولو دفعها إليهم في الحياة لم يجز ، ولا جائز أن يجب له لانه لا يجوز أن يأخذ بدل شيء منها كعضو من أعضائها ، ولانهم وافقونا في أن الارش لا يدفع اليه فيتعذر إيجابه لعدم مستحقة

(فصل)

وإن نذر أضحية في ذمته ثم ذبحها فله أن يأكل منها ، وقال القاضي : من أصحابنا من منع الأكل منها ، وهو ظاهر كلام أحمد وبناءه على الهدى المنذور ولنا أن النذر محمول على المعهود ، والمعهود من الأضحية الشرعية ذبحها والأكل منها والنذر لا يغير من صفة المنذور إلا الإيجاب وفارق الهدى الواجب بأصل الشرع لا يجوز الأكل منه فالمنذور محمول عليه بخلاف الأضحية

(فصل) ولا يضحي عما في البطن ، وروى ذلك عن ابن عمر وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا نعلم مخالفا لهم ، وليس للعبد والمدير والمكاتب وأم الولد أن يضحوا إلا بإذن سادتهم لانهم ممنوعون من التصرف بغير اذنهم إلا المكاتب فإنه ممنوع من التبرع ، والأضحية تبرع وأما من نصفه حر إذا ملك بجزئه الحر شيئا فله أن يضحي بغير إذن سيده لان له أن يتبرع بغير اذنه

مسألة ، قال (ويجوز أن يشترك السبعة فيضحوا بالبدنة والبقرة)

وجملته أنه يجوز أن يشترك في التضحية بالبدنة والبقرة سبعة ، واجبا كان أو تطوعاً ، سواء كانوا كلهم متقربين أو يريد بعضهم القرابة وبعضهم اللحم ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك لا يجوز الاشتراك في الهدى . وقال أبو حنيفة : يجوز للمتقربين ، ولا يجوز إذا كان بعضهم غير متقرب ، لأن الذبح واحد فلا يجوز أن تختل نية القرابة فيه .

ولنا ما روى جابر قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نشترك في الأبل والبقر كل سبعة منا في بدنة ، رواه مسلم .
ولنا على أبي حنيفة أن الجزء المجزى لا ينقص بإرادة الشريك غير القربة لحاز كما لو اختلفت جهات القرب فأراد بعضهم التضحية وبعضهم الفدية .
(فصل) ويجوز الدشتر كين قسمة اللحم ، ومنع منه أصحاب الشافعي في وجه بناء على أن القسمة بيع ، وبيع لحم الهدى والأضحية غير جائز
ولنا أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالاشتراك مع أن سنة الهدى والأضحية الأكل منها دليل على تجويز القسمة ، إذ لا يتمكن واحد منهم من الأكل إلا بالقسمة ، وكذلك الصدقة والهدية ، ولا نسلم أن القسمة بيع ، بل هي إفراز حق على ما ذكرنا في باب القسمة .

د مسالة ، قال (والعقيقة سنة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة)

العقيقة الذبيحة التي تذبح عن المولود ، وقيل هي الطعام الذي يصنع ويدعى إليه من أجل المولود . قال أبو عبيد : الأصل في العقيقة الشعر الذي على المولود وجمعها عقائق ، ومنها قول الشاعر :

أيا هند لا تنكحى بوهة عليه عقيقته أحسبا

ثم إن العرب سميت الذبيحة عند حلق شعره عقيقة على عاداتهم في تسمية الشيء باسم سببه أو ما جاوره ، ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية وصارت الحقيقة مغمورة فيه فلا يفهم من العقيقة عند الإطلاق إلا الذبيحة ، وقال ابن عبد البر : أنكر أحمد هذا التفسير وقال إنما العقيقة الذبيح نفسه . ووجهه أن أصل العق القطع ، ومنه عق والديه إذا قطعهما والذبيح قطع الحلقوم والمرى والودجين . والعقيقة سنة في قول عامة أهل العلم ، منهم ابن عباس وابن عمر وعائشه وفقهاء التابعين وأئمة الأمصار ، إلا أصحاب الرأي قالوا ليست سنة ، وهي من أمر الجاهلية .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن العقيقة فقال : إن الله تعالى لا يحب العقوق ، فكانه كره الاسم وقال : من ولد له مولود فأحب أن ينسك

عنه فليعمل ، رواه مالك في موطنه . وقال الحسن وداود هي واجبه ، وروى عن
بريدة أن الناس يعرضون عليها كما يعرضون على الصلوات الخمس ، لما روى سمرة
ابن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل غلام رهينة بعقيقته تذبح عنه
يوم سابعه ويسمى فيه وتخلق رأسه ، وعن أبي هريرة مثله . قال أحمد : إسناده
جيد ؛ وروى حديث سمرة الأثرم وأبو داود

وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرهم عن الغلام بشاتين وعن
الجارية بشاة ، وظاهر الأمر الوجوب .

ولنا على استحبابها هذه الأحاديث ، وعن أم كرز الكعبية قالت : سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية
شاة ، وفي لفظ : عن الغلام شاتان مثلان وعن الجارية شاة ، رواه أبو داود ،
وفي روايه قال : العقيقة عن الغلام شاتان ، والاجماع قال أبو الزناد : العقيقة
من أمر الناس كانوا يكرهون تركه .

وقال أحمد : العقيقة سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد عاق عن الحسن
وفعله أصحابه ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : الغلام مرتين بعقيقته ، وهو إسناده
جيد يرويه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وجعلها أبو حنيفة من أمر
الجاهلية وذلك لقلة علمه ومعرفة بالانخبار . وأما بيان كونها غير واجبه فدليله
ما احتج به أصحاب الرأي من الخبر وما روه محمول على تأكيد الاستحباب جمعا
بين الانخبار ، ولأنها ذبيحة لسرور حادث فلم تكن واجبه كالوليمة والنقيعة .

(فصل)

والعقيقة أفضل من الصدقة بقيمتها نص عليه أحمد وقال إذا لم يكن عنده
ما يعق فاستقرض رجوت أن يخلف الله عليه إحياء سنة ، قال ابن المنذر : صدق
أحمد إحياء السنن واتباعها أفضل . وقد ورد فيها من التأكيد في الانخبار التي
رويناها ما لم يرد في غيرها ، ولأنها ذبيحة أمر النبي صلى الله عليه وسلم بها فكانت
أولى كالوليمة والاضحية .

مسألة ، قال (عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة)

هذا قول أكثر القائلين بها ، وبه قال ابن عباس وعائشة والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، وكان ابن عمر يقول : شاة شاة عن الغلام والجارية لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه عق عن الحسن شاة وعن الحسين شاة ، رواه أبو داود وكان الحسن وقتادة لا يريان عن الجارية عقيقة لأن العقيقة شكر للنعمة الحاصلة بالولد ، والجارية لا يحصل بها سرور فلا يشرع لها عقيقة .

ولنا حديث عائشة وأم كرز وهذا نص وما روه محمول على الجواز إذا ثبت هذا فالمستحب أن تكون الشاتان متماثلتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم : شاتان مكافئتان ، وفي رواية : مثلان ، قال أحمد : يعني متقاربتين أو متساويتين لما جاء من الحديث فيه ، ويجوز فيها الذكر والأنثى لما روى في حديث أم كرز أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة ، ولا بأس أن يكون ذكورا أو إناثا ، رواه سعيد وأبو داود ، والذكر أفضل لأن النبي صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين بكبش كبش وضحي بكبشين أقرنين ، والعقيقة تجرى بحري الأضحية والأفضل في لونها البياض على ما ذكرنا في الأضحية لأنها تشبهها ويستحب استئمانها واستعظامها واستحسانها ، كذلك وإن خالف ذلك أو عق بكبش واحد أجزا لما روينا من حديث الحسن والحسين .

« مسألة ، قال (ويذبح يوم السابع)

قال أصحابنا : السنة أن تذبح يوم السابع فإن فات ففي أربع عشرة ؛ فإن فات ففي إحدى وعشرين ، ويروى هذا عن عائشة وبه قال إسحاق . وعن مالك في الرجل يريد أن يعق عن ولده فقال : ما علمت هذا من أمر الناس وما يعجنى ولا نعلم خلافا بين أهل العلم القائلين بمشروعيتها في استحباب ذبحها يوم السابع ، والأصل فيه حديث سمرة عن النبي (ص) أنه قال : كل غلام رهينة بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويسمى فيه ويحلق رأسه ،

وأما كونه في أربع عشرة ثم في إحدى وعشرين فالحجة فيه قول عائشة ، رضى الله عنها ، وهذا تقدير الظاهر أنها لا تقوله إلا توقيفا ، وإن ذبح قبل ذلك

أو بعبارة أجزاء لأن المقصود يحصل ، وإن تجاوز أحداً وعشرين احتمال أن يستحب في كل سابع فيجعل في ثمانية وعشرين ، فإن لم يكن ففي خمسة وثلاثين ، وعلى هذا قياساً على ما قبله ، واحتمل أن يجوز في كل وقت لأن هذا قضاء قائم فلم يتوقف كقضاء الأضحية وغيرها ، وإن لم يعق أصلاً فبلغ الغلام وكسب فلا عقيقة عليه . وسئل أحمد عن هذه المسألة فقال : ذلك على الوالد ، يعني لا يعق عن نفسه لأن السنة في حق غيره . وقال عطاء والحسن : يعق عن نفسه لأنها مشروعة عنه ، ولأنه مرتين بها فينبغي أن يشرع له فيكاف نفسه .
وأما أنها مشروعة في حق الوالد فلا يفعلها غيره كالأجنبي وكصدقة الفطر .

فصل

ويستحب أن يحلق رأس المصبي يوم السابع ويسمى لحديث سمرة ، وإن تصدق بزنة شعره فضة لحسن لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة لما ولدت الحسن : احلقي رأسه وتصدق بزنة شعره فضة على المساكين والأوقاض ، يعني أهل الصفة ، رواه الإمام أحمد

وروى سعيد في سننه عن محمد بن علي أن رسول الله (ص) عق عن الحسن والحسين بكبش كبش وأنه تصدق بوزن شعورهما ورقاً ، وأن فاطمة كانت إذا ولدت ولداً حلق شعره وتصدقت بوزنه ورقاً ، وإن سماه قبل السابع جاز ، لأن النبي (ص) قال : ولد الليلة لي غلام فسميته باسم أبي إبراهيم ، وسمى الغلام الذي جاءه به أنس بن مالك فحنكه وسماه عبد الله . ويستحب أن يحسن اسمه لأنه روى عن النبي (ص) أنه قال : انكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسمائكم ، وقال عليه السلام : أحب الأسماء إلى عبد الله وعبد الرحمن ، حديث صحيح .

وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال : أحب الأسماء إلى الله تعالى أسماء الأنبياء ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : تسموا باسمي ولا تكونوا بكنتي ، وفي رواية : لا تجمعوا بين اسمي وبين كنتي ،

(فصل) ويكره أن يقطع رأسه بدم ، كره ذلك أحمد والزهرى ومالك والشافعي وابن المنذر ، وحكى عن الحسن وقتادة أنه مستحب لما روى في حديث

سمرة عن النبي (ص) قال : الغلام مرتين بعقيقته تذبح عنه يوم السابع ويدي ،
رواه همام عن قتادة عن الحسن عن سمرة ، قال ابن عبد البر : لا أعلم أحداً قال
هذا الا الحسن و قتادة ، وأنكره سائر أهل العلم وكرهوه ، لأن النبي (ص)
قال : مع الغلام عقيقته فمريقوا عنه دماً وأميطوا عنه الأذى ، رواه أبو داود
وهذا يقتضى ان لا يمس بدم لانه أذى .

وروى يزيد بن عبد المزن عن أبيه أن النبي (ص) قال : يعق عن الغلام
ولا يمس رأسه بدم ، قال مهنا : ذكرت هذا الحديث لاحد فقال ما أظرفه ،
ورواه ابن ماجه ولم يقل عن أبيه ، ولان هذا تنجيس له فلا يشرع كطخه بغيره
من النجاسات .

وقال بريدة : كنا في الجاهلية ، اذا ولد لاحدنا غلام ذبح شاة ويلطخ رأسه
بدمها فلما جاء الاسلام كنا نذبح شاة ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران ، رواه أبو داود
فأما رواية من روى : ويدي ، فقال أبو داود : ويسمى ، أصح . هكذا قال سلام
ابن أبي مطيع عن قتادة وإياس بن دغفل عن الحسن ، ووهم همام فقال ويدي .
قال أحمد : قال فيه ابن أبي عروبه يسمى . وقال همام يدي ، وما أراه الا خطأ ،
وقد قيل هو تصحيف من الراوى .

مسألة ، قال (ويجنب فيها من العيب ما يجنب في الاضحية)

وجملته أن حكم العقيقة حكم الاضحية في سننها وأنه يمنع فيها من العيب ما يمنع
فيها ويستحب فيها من الصفة ما يستحب فيها وكانت عائشة تقول اتوني به أعين
أقرن ، وقال عطاء الذكر أحب إلى من الانثى والضأن أحب من المعز فلا يجزى .
فيها أقل من الجذع من الضأن والثنى من المعز ولا تجوز فيها العوراء البين عورها
والعرجاء البين ظلمها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى والمضباء التى
ذهب أكثر من نصف أذنها أو قرننها ، وتكره فيها الشرقاء والخرقاء والمقابلة
والمدابرة ، ويستحب استشراف العين والاذن كما ذكرنا في الاضحية سواء لأنها
تشبهها فتقاس عليها .

مسألة ، قال (وسيلها في الاكل والهديه والصدقه سيلها لا أنها تطبخ أجداً)

وبهذا قال الشافعي، وقال ابن سيرين اصنع بلحمها كيف شئت، وقال ابن جريج تطبخ بماء وملح وتهدي الجيران والصديق ولا يتصدق منها بشيء، وسئل أحمد عنها فحكى قول ابن سيرين، وهذا يدل على أنه ذهب إليه، وسئل هل يأكلها كلها؟ قال لم أقل يأكلها كلها ولا يتصدق منها بشيء، والاشبه قياسها على الاضحية لانها نسيكة مشروعة غير واجبة فاشبهت الاضحية، ولانها اشبهتها في صفاتها وسننها وقدرها وشروطها فاشبهتها في مصرفها، وإن طبخها ودعا إخوانه فأكلوها فحسن، ويستحب أن تفصل أعضاؤها ولا تكسر عظامها لما روى عن عائشة أنها قالت «السنة شاتان مكافئتان عن الغلام، وعن الجارية شاة تطبخ جدولا ولا يكسر عظم ويأكل ويطعم ويتصدق وذلك يوم السابع،

قال أبو عبيد الهروي في العقيقة: تطبخ جدولا لا يكسر لها عظم أى عضواً عضواً، وهو الجدل بالدال غير المعجمة والارب والشلو والعضو، والوصل كله واحد وإنما فعل بها ذلك لأنها أول ذبيحة ذبحت عن المولود فاستحب فيها ذلك تفاؤلاً بالسلامة، كذلك قالت عائشة: وروى أيضاً عن عطاء وابن جريج، وبه قال الشافعي

(فصل) قال أحمد: يباع الجلد والرأس والسقط ويتصدق به، وقد نص في الاضحية على خلاف هذا وهو أقيس في مذهبه لأنها ذبيحة لله فلا يباع منها شيء كالهدى، ولأنه تمكن الصدقة بذلك بعينه فلا حاجة إلى بيعه:

وقال أبو الخطاب، يحتمل أن ينقل حكم إحداها إلى الأخرى فيخرج في المسألين روايتان، ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث أن الاضحية ذبيحة شرعت يوم النحر فاشبهت الهدى، والعقيقة شرعت عند سرور حادث وتجدد نعمة فاشبهت الذبيحة في الولية، ولأن الذبيحة ههنا لم تخرج عن ملكه فكان له أن يفعل بها ما شاء من بيع وغيره، والصدقة بشئ ما يبيع منها بمنزلة الصدقة به في فضلها وثوابها وحصول النفع به فكان له ذلك.

(فصل) قال بعض أهل العلم، يستحب للوالد أن يؤذن في أذن ابنه حين يولد لما روى عبد الله بن رافع عن أمه أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن في أذن الحسن حين ولدته فاطمة وعن عمر بن عبد العزيز أنه كان إذا ولد له مولود أخذه في خرقه

فأذن في أذنه اليمنى وأقام في اليسرى وسماه ، وروينا أن رجلاً قال لرجل عند الحسن يهتبه بآبٍ له : ليهنك العارس ، فقال الحسن وما يدريك أنه فارس هو أو حمار ؟ فقال كيف تقول ؟ قال : قل بورك في الموهوب وشكرت الواهب وبلغ أشده ورزقت بره ، وروى (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحنك أولاد الأنصار بالتمر ، وروى أنس قال : ذهبت بعبد الله بن أبي طلحة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حين ولد قال : هل معك تمر ؟ فتأولته تمرات ؟ فلا كهن ثم فخر فاه ثم محه فيه فجعل يتلظ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم حب الأنصار التمر ، وسماه عبد الله .

(فصل) قال أصحابنا لا تسن الفرعة ولا العتيرة ، وهو قول علماء الأمصار سوى بن سيرين فإنه كان يذبح العتيرة في رجب ويروى فيها شيئاً ، والفرعة والفرع بفتح الراء أول ولد الناقة كانوا يذبحونه لأهنتهم في الجاهلية فنهوا عنها ، قال ذلك أبو عمرو الشيباني .

وقال أبو عبيد : العتيرة هي الرجبية كان أهل الجاهلية إذا طلب أحدهم أمراً نذر أن يذبح من غنمه شاة في رجب وهي العتائر ، والصحيح إن شاء الله تعالى أنهم كانوا يذبحونها في رجب من غير نذر جعلوا ذلك سنة فيما بينهم كالأضحية في الأضحية وكان منهم من ينفرها كما قد تنذر الأضحية ، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم : على كل أهل بيت أضحية وعتيرة ، وهذا الذي قاله النبي صلى الله عليه وسلم في بدء الإسلام تقرير لما كان في الجاهلية وهو يقتضي ثبوتها بغير نذر ثم نسخ ذلك بعد ، ولأن العتيرة لو كانت هي المنذورة لم تكن منسوخة فإن الإنسان لو نذر ذبح شاة في أي وقت كان لزمه الوفاء بنذره والله أعلم .

وروى عن عائشة رضي الله عنها قالت : أمرنا رسول الله (ص) بالفرعة من كل خمس واحدة ، قال ابن المنذر هذا حديث ثابت .

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا فرع ولا عتيرة ، متفق عليه وهذا الحديث متأخر عن الأمر بها فيكون ناسخاً ، ودليل تأخره أمران أحدهما : أن راويه أبو هريرة وهو متأخر الإسلام فإن إسلامه في سنة فتح مدينتي وهو السنة السابعة من الهجرة .

والثاني : أن الفرع والعتيرة كان فعلهما أمراً متقدماً على الاسلام فالظاهر بقاؤهم عليه الى حين نسخه واستمرار النسخ من غير رفع له ولو قدرنا تقدم النسخ على الامر بها لكانت قد نسخت ثم نسخ ناسخها وهذا خلاف الظاهر .
إذا ثبت هذا : فإن المراد بالخبر نفي كونها سنة لا تحريم فعلها ولا كراهته فلو ذبح إنسان ذبيحة في رجب أو ذبح ولد الناقة لحاجته الى ذلك أو للصدقة به وإطعامه لم يكن ذلك مكروهاً ، والله تعالى أعلم .

كتاب السبق والرمى

المسابقة جائزة بالسنة والاجماع ، أما السنة : فروى ابن عمر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء الى ثنية الوداع ، وبين التي لم تضر من ثنية الوداع الى مسجد بنى زريق ، متفق عليه ، قال موسى بن عقبة : من الحفياء الى ثنية الوداع ستة أميال أو سبعة أميال .

وقال سفيان : من الثنية الى مسجد بنى زريق ميل أو نحوه ، وأجمع المسلمون على جواز المسابقة في الجملة والمسابقة على ضربين مسابقة بغير عوض ومسابقة بعوض ، فأما المسابقة بغير عوض فتجوز مطلقاً من غير تقيد بشيء معين كالمسابقة على الاقدام والسفن والطيور والبغال والحمير والفيلة والمزاريق ، وتجاوز المصارعة ورفع الحجر ليعرف الأشد وغير هذا لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان في سفر مع عائشة فسابقته على رجلها فسبقتها قالت : فلما حملت اللحم سابقته فسبقتني فقال : هذه بثلثك ، رواه أبو داود ، وسابق سله بن الأكوع رجلاً من الانصار بين يدي النبي (ص) في يوم ذي قرد وصارع النبي صلى الله عليه وسلم ركاته فصرعه ، رواه الترمذي ومر يقوم يرجعون حجراً يعني يرفعونه ليعرفوا الأشد منهم فلم ينكر عليهم وسائر المسابقة يقاس على هذا .

وأما المسابقة بعوض فلا تجوز الا بين الخيل والابل والرمى لما سنده .
إن شاء الله تعالى واختصت هذه الثلاثة بتجوز العوض فيها لأنها من آلات الحرب المأمور بتعلمها وإحكامها والتفوق فيها وفي المسابقة بها مع العوض مبالغته

في الاجتهاد في النهايه لها والاحكام لها وقد ورد الشرع بالامر بها والترغيب في فعلها قال تعالى (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم) وقال النبي (ص) : ألا ان القوة الرمي ألا ان القوة الرمي ، وروى سعيد في سننه عن خالد بن زيد قال : كنت رجلاً رامياً وكان عقبة بن عامر الجهني يمر بي فيقول يا خالد اخرج بنا نرمي فلما كانت ذات يوم أبطأت عنه فقال لم أحدثك حديثاً سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة : صانعه يحتسب في صنعه الخير ، والرامي به ، ومنبله ، ارموا واركبوا وأن ترموا أحب الى من أن تركبوا وليس من اللهو إلا ثلاث : تأديب الرجل فرسه وملاعبته أهله ورميه بقوسه ونبله ومن ترك الرمي بعد ما علمه رغبة عنه فإنها نعمة تركها .

وعن مجاهد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الملائكة لا تحضر من لهوكم الا الرهان والنضال ، قال الأزهري النضال في الرمي والرهان في الخيل والسباق فيهما ، قال مجاهد : رأيت ابن عمر يشتد بين الهدفين إذا أصاب خصلة قال أنا بها أنا بها وعن حذيفة مثله .

« مسأله ، قال (والسبق في النصل والحافر والخف لا غير)

السبق بسكون الباء المسابقة والسبق بفتحها الجعل المخرج في المسابقة والمراد بالنصل ههنا السهم ذو النصل والحافر الفرس وبالحف البعير عبر عن كل واحد منهما بجزء منه يختص به ، ومراد الحرقى أن المسابقة بعوض لا تجوز إلا في هذه الثلاثة ، وبهذا قال الزهري ومالك ، وقال أهل العراق : يجوز ذلك في المسابقة على الأقدام والمصارعة لورود الآثار بهما فإن النبي صلى الله عليه وسلم سابق عائشة وصارع ركانه ، ولأصحاب الشافعي وجهان كالْمذهبين ولهم في المسابقة في الطيور والسفن وجهان بناء على الوجهين في المسابقة على الأقدام والمصارعة .

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر ، رواه أبو داود فتنى السبق في غير هذه الثلاثة ، ويحتمل أن يراد به نفي الجعل أي لا يجوز الجعل إلا في هذه الثلاثة ، ويحتمل أن يراد به

نفي المسابقة بعوض فإنه يتعين حل الخبر على أحد الأمرين الاجتماع على جواز المسابقة بغير عوض في هذه الثلاثة ، وعلى كل تقدير فالحديث حجة لنا .
ولأن غير هذه الثلاثة لا يحتاج إليها في الجهاد كالحاجة إليها فلم تجز المسابقة عليها بعوض كالرمي بالحجارة ورفعها .

إذا ثبت هذا : فالمراد بالنصل السهام من النشاب والنبيل دون غيرها والخافر الخيل وحدها والخنف الإبل وحدها ، وقال أصحاب الشافعي : تجوز المسابقة بكل ماله نصل من المزاريق وفي الرمح والسيف وجهان وفي الفيلة والبغال والخير وجهان لأن المزاريق والرماح والسيوف نصالا وللفيلة خنف — وللبغال والخير حوافر فتدخل في عموم الخبر .

ولنا أن هذه الحيوانات المختلف فيها لا تصلح للكر والفر ولا يقاتل عليها ولا يسهم لها والفيل لا يقاتل عليه أهل الإسلام : والرماح والسيوف لا يرمى بها فلم تجز المسابقة عليها كالبقرة والتراس والخبر ليس بعام فيما تجوز المسابقة به لأنه نكرة في إثبات وانما هو عام في نفي مالا تجوز المسابقة به بعوض لكونه نكرة في سياق النفي ثم لو كان عاما لحل على ما عهدت المسابقة عليه وورد الشرع بالحث على تعلمه وهو ما ذكرناه .

« مسأله ، قال (وإذا أراد أن يستبقا أخرج أحدهما ولم يخرج الآخر فإن سبق من أخرج أحرز سبقه ولم يأخذ من المسبوق شيئا وإن سبق من لم يخرج أحرز سبق صاحبه) »

وجملته : أن المسابقة إذا كانت بين اثنين أو حزبين لم تخل إما أن يكون العوض منهما أو من غيرهما فإن كان من غيرهما نظرت فإن كان من الإمام جاز سواء كان من ماله أو من بيت المال لأن في ذلك مصلحته وحثا على تعلم الجهاد ونقعا للمسلمين ، وإن كان غير إمام جاز له بذل العوض من ماله ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال مالك : لا يجوز بذل العوض من غير الإمام لأن هذا يحتاج إليه للجهاد فاختص به الإمام لتولية الولايات وتأمير الأمراء . ولنا أنه بذل لماله

فما فيه مصلحة وقربه فجاز كما لو اشترى به خيلاً وسلاحاً ، فأما إن كان منهما
اشترط كون الاجعل من أحدهما دون الآخر فيقول ان سبقتني فلك عشرة وإن
سبقتك فلا شيء عليك فهذا جائز ، وحكى عن مالك أنه لا يجوز لأنه قمار .

ولنا أن أحدهما يختص بالسبق فجاز كما لو أخرجه الامام ، ولا يصح ما ذكره
لأن القمار أن لا يخلو كل واحد منهما من أن يغتم أو يغرم وههنا لا خطر على
أحدهما فلا يكون قماراً فإذا سبق المخرج أحرز سبقه ولا شيء له على صاحبه ،
وان سبق الآخر أخذ سبق المخرج فملكه وكان كسائر ماله لأنه عوض في الجماله
فيملك فيها كالعوض المجهول في رد الضالة والابق وان كان العوض في النعمة
فهو دين يقضى به عليه ويجهز على تسليمه ان كان موسراً وان أفلس ضرب به
مع الغرماء .

(فصل) والمسابقة عقد جائز ذكره ابن حامد ، وهو قول أبي حنيفة وأحد
قولي الشافعي ، وقال في الآخر هو لازم إن كان العوض منهما وجائز إذا كان
من أحدهما أو من غيرهما وذكره القاضي احتيالا لأنه عقد من شرطه أن يكون
العوض والمعوض معلومين فكان لازماً كالاجارة .

ولنا أنه عقد على مالا تتحقق القدرة على تسليمه فكان جائزاً كرد الأبق فإنه
عقد على الاصابه ولا يدخل تحت قدرته وبهذا فارق الاجارة ، فعلى هذا لكل
واحد من المتعاقدين الفسخ قبل الشروع في المسابقة ، وان أراد أحدهما الزيادة
فيها أو النقصان منها لم يلزم الآخر إجابته .

وأما بعد الشروع في المسابقة فإن كان لم يظهر لأحدهما فضل على الآخر جاز
الفسخ لكل واحد منهما ، وان ظهر لأحدهما فضل مثل أن يسبقه بفرسه في بعض
المسابقة أو يصيب بسهامه أكثر منه فالفاضل الفسخ ، ولا يجوز للمفضول لأنه
لو جاز له ذلك لفات غرض المسابقة لأنه متى بان له سبق صاحبه له فسخها وترك
المسابقة فلا يحصل المقصود ، وقال أصحاب الشافعي : إذا قلنا العقد جائز الفسخ
فإن جواز الفسخ من المفضول وجهان .

(فصل) ويشترط أن يكون العوض معلوماً لأنه مال في عقد فكان معلوماً

كسائر العقود ويكون معلوماً بالمشاهدة أو بالقدر والصفة على ما تقدم في غير موضع ؛ ويجوز أن يكون حالا ومؤجلاً كالعوض في البيع ، ويجوز أن يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلاً . فلو قال إن نضلتني فلك دينار حال وقفيز حنطة بعد شهر جاز وصح النضال ، لأن ما جاز أن يكون حالا ومؤجلاً جاز أن يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلاً كالثلث ، غير أنه يحتاج إلى صفة الحنطة بما تصير به معلومة

فصل

فإن شرط أن يطعم السبق أصحابه فالشرط فاسد لأنه عوض على عمل فلا يستحقه غير العامل كالعوض في رد الأبق ولا يفسد العقد ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يفسد

ولنا أنه عقد لا تقف صحته على تسمية بدل فلم يفسد بالشرط الفاسد كالتمكح وذكر القاضي أن الشروط الفاسدة في المسابقة تنقسم قسمين

أحدهما ما يخل بشرط العقد نحو أن يعود إلى جهالة العوض أو المسافة ونحوهما فيفسد العقد لأن العقد لا يصح مع فوات شرطه

والثاني : ما لا يخل بشرط العقد ، نحو أن يشترط أن يطعم السبق أصحابه أو غيرهم أو يشترط أنه إذا نضل لا يرمى أبداً أو لا يرمى شهراً ، أو شرطاً أن اكل واحد منهما أو لأحدهما فسخ العقد متى شاء بعد الشروع في العمل وأشبهه هذا فهذه شروط باطلة في نفسها وفي العقد المقترن بها وجهان :

أحدهما : صحته لأن العقد تم بآركانه وشروطه ، فإذا حذف الزائد الفاسد بقي العقد صحيحاً .

والثاني : يبطل لأنه بذل العوض لهذا الغرض ، فإذا لم يحصل له غرضه لا يلزمه العوض ، وكل موضع فسدت المسابقة فإن كان السابق المخرج أمسك سبقه ، وإن كان الآخر فله أجر عمله لأنه عمل بعوض لم يسلم له فاستحق أجر المثل كالإجارة الفاسدة

(فصل) وإذا كان المخرج غير المتسابقين فقال لها أو لجماعة أيكم سبق فله عشرة جاز لأن كلا منهم يطلب أن يكون سابقاً وأيهم سبق استحق العشرة ، وإن جاءوا جميعاً فلا شيء لواحد منهم لأنه لا سابق فيهم ؛ وإن قال لاثنين أيكما

سبق فله عشرة وأيكما صلى فله عشرة لم يصح ، لأنه لا فائدة في طلب السبق فلا يحرص عليه لعدم فائدته فيه ، وإن قال : ومن صلى فله خمسة صح لأن كل واحد يطلب السبق لفائدته فيه بزيادة الجعل ، وإن كانوا أكثر من اثنين فقال من سبق فله عشرة ومن صلى فله كذلك صح ، لأن كل واحد منهم يطلب أن يكون سابقا أو مصليا والمصلي هو الثاني لأن رأسه عند صلى الآخر والمصلون هما العظمان الناتئان من جانبي الذنب وفي الأثر عن علي رضي الله عنه أنه قال : سبق أبو بكر ، وصلى عمر ، وخبطتنا عشواء ، وقال الشاعر :

إن تبندر غاية يوما لمكرمة تلق السوابق منا والمصلينا
فإن قال الدجلى وهو الأول مائة والمصلي وهو الثاني تسعون ، وللثالث ثمانون ، وللنازع وهو الرابع سبعون ، وللدرتاح وهو الخامس ستون وللحظى وهو السادس خمسون ، وللعاطف وهو السابع أربعون ، والمؤمل وهو الثامن ثلاثون ، وللطيم وهو التاسع عشرون ، وللسكيت وهو العاشر عشرة ، وللفسكل وهو الآخر خمسة صح لأن كل واحد يطلب السبق فإذا فاتته طلب ما يلي السابق ، والفسكل اسم للآخر ثم يستعمل هذا في غير المسابقة بالتحيل تجوزا كما روى أن أسماء ابنة عميس كانت تزوجت جعفر بن أبي طالب وولدت له عبد الله ومحمدا وعونا ، ثم تزوجها أبو بكر الصديق فولدت له محمد بن أبي بكر ثم تزوجها علي بن أبي طالب فقالت له : إن ثلاثة أنت آخرهم لأخيار ، فقال لولدها فسكتني أمكم ، وإن جعل للمصلي أكثر من السابق أو مثله أو جعل للثالث أكثر من المصلي أو مثله أو لم يجعل للمصلي شيئا لم يجز لأن ذلك يفضي إلى أن لا يقصد السبق بل يقصد التأخر فيفوت المقصود ،

(فصل)

إذا قال لعشرة من سبق منكم فله عشرة صح ، فإن جاموا معا فلا شيء لهم لأنه لم يوجد الشرط الذى يستحق به الجعل في واحد منهم ، وإن سبقهم واحد فله العشرة لوجود الشرط فيه ، وإن سبق اثنين فلهما العشرة ، وإن سبق تسعة وتأخر واحد فالعشرة للتسعة لأن الشرط وجد فيهم فكان الجعل بينهم كما لو قال من رد عيدي الأبق فله عشرة فردة تسعة ، ويحتمل أن يكون لكل واحد من

السابقين عشرة لأن كل واحد منهم سابق فيستحق الجعل بكاله ، كما لو قال من رد عبداً لي فله عشرة فرد كل واحد عبداً ، وفارق ما لو قال من رد عبدي فردة تسعة لأن كل واحد منهم لم يردده إنما رده حصل من الكل ، ويصير هذا كما لو قال من قتل قتيلاً فله سلبه ، فإن قتل كل واحد واحداً فلكل واحد سلب قتيله كاملاً ، وإن قتل الجماعة واحداً فلجميعهم سلب واحد ، وههنا كل واحد له سبق مفرد فيكون له الجعل كاملاً ، فعلى هذا لو قال : من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة فسبق خمسة وصلى خمسة ، فعلى الأول من الوجهين للسابقين عشرة لكل واحد منهم درهمان والمصلين خمسة لكل واحد منهم درهم ، وعلى الوجه الثاني لكل واحد من السابقين عشرة فيكون لهم خمسون ، ولكل واحد من المصلين خمسة فيكون لهم خمسة وعشرون

ومن قال بالوجه الأول احتمل على قوله أن لا يصح العقد على هذا الوجه لأنه يحتمل أن يسبق تسعة فيكون لهم عشرة لكل واحد درهم وتسع ويصلى واحد فيكون له خمسة فيصير للمصلي من الجعل فوق ما للسابق فيفوت المقصود .

مسألة ، قال (وإن أخرجاً جميعاً لم يحز إلا أن يدخل بينهما محلاً يكافى فرسه فرسيهما أو بعيره بعيريهما أو رمية رميهما ، فإن سبقهما أحرز سبقهما ، وإن كان السابق أحدهما أحرز سبقه وأخذ سبق صاحبه فيكون كسائر ماله ولم يأخذ من المحلل شيئاً)

السبق بالفتح الجعل الذى يسابق عليه ، ويسمى الخطر والنسب والقرع والرهن ، ويقال سبق إذا أخذ وإذا أعطى وهو من الاضداد ومتى استأبق الاثنان والجعل بينهما فأخرج كل واحد منهما لم يحز وكان قماراً ، لأن كل واحد منهما لا يخلو من أن يغتم أو يغرم ، وسواء كان ما أخرجاه متساوياً مثل أن يخرج كل واحد منهما عشرة أو متفاوتاً مثل أن يخرج أحدهما عشرة والآخر خمسة . ولو قال إن سبقتنى فلك على عشرة وإن سبقتك فلي عليك قفيز حنطة ، أو قال : إن سبقتنى فلك على عشرة ولي عليك قفيز لم يحز لما ذكرناه ، فإن أدخل بينهما محلاً وهو ثالث لم يخرج شيئاً جاز . وبهذا قال سعيد بن المسيب والزهرى والاوزاعى

وإسحاق وأصحاب الرأي . وحكى أشهب عن مالك أنه قال في المحلل : لا أحبه .
وعن جابر بن زيد أنه قيل له إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم كانوا
لا يرون بالدخيل بأساً . قال هم أعف من ذلك

ولنا ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من
أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يؤمن أن يسبق فليس بقمار ، ومن أدخل فرساً
بين فرسين وقد آمن أن يسبق فهو قمار ، رواه أبو داود ، فجعله قماراً إذا آمن أن
يسبق لأنه لا يخلو كل واحد منهما من أن يغرم أو يغرم ، وإذا لم يأمن أن يسبق لم
يكن قماراً لأن كل واحد منهما يجوز أن يخلو عن ذلك . ويشترط أن يكون فرس
المحلل مكافئاً لفرسيهما أو بعيره مكافئاً لبعيريهما ورميه لرميهما ، فإن لم يكن مكافئاً
مثل أن يكون فرسهما جوادين وفرسه بطيء . فهو قمار للخبر ، ولأنه مأمون سبقه
فوجوده كعدمه ، وإن كان مكافئاً لهما جاز ، فإن جاموا كلهم الغاية دفعة واحدة
أحرز كل واحد منهما سبق نفسه ولا شيء للمحلل لأنه لا سابق فيهم ، وكذلك أن
سبق المستبقان المحلل .

وإن سبق المحلل وحده أحرز السبقين بالاتفاق ، وإن سبق أحد المستبقين
وحده أحرز سبق نفسه وأخذ سبق صاحبه ولم يأخذ من المحلل شيئاً ، وإن سبق
أحد المستبقين والمحلل أحرز السابق مال نفسه ويكون سبق المسبوق بين السابق
والمحلل نصفين ، وسواء كان المستبقون اثنين أو أكثر حتى لو كانوا مائة وبينهم
محلل لا سبق منه جاز ، وكذلك لو كان المحلل جماعة جاز لأنه لا فرق بين الاثنين
والجماعة ، وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويشترط في المسابقة بالحيوان تحديد المسافة وأن يكون لا ابتداء
عدوهما ، وآخره غاية لا يختلفان فيها ، لأن الغرض معرفة أسبقهما ولا يعلم ذلك
إلا بتساويهما في الغاية ، ولأن أحدهما قد يكون مقصراً في أول عدوه سريعاً
في انتهائه ؛ وقد يكون بضد ذلك فيحتاج إلى غاية تجمع حاله ، ومن الخيل ما هو
أصبر والقارح أصبر من غيره

وقد روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سبق بين الخيل وفضل
الفرّاح في الغاية ، رواه أبو داود ، وسبق بين الخيل المضمرة من الخفياء إلى

ثنية الوداع وذلك ستة أميال أو سبعة ، وبين التي لم تضر من الثنية إلى مسجد بن زريق وذلك ميل أو نحوه ، فإن استبقا بغير غاية لينظرا أيهما يقف أولا لم يحز لأنه يؤدي إلى أن لا يقف أحدهما حتى ينقطع فرسه ويتعذر الاشهاد على السبق فيه . ويشترط في المسابقة إرسال الفرسين أو البعيرين دفعة واحدة ، فإن أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أو لا لم يحز هذا في المسابقة بعوض لأنه قد لا يدركه مع كونه أسرع منه لبعده المسافة بينهما ، ويكون عند أول المسافة من يشاهد إرسالهما ويرتبهما وعند الغاية من يضبط السابق منهما لئلا يختلفا في ذلك .

ويحصل السبق في الخيل بالرأس إذا تماثلت الاعناق ، فإن اختلفا في طول العنق أو كان ذلك في الإبل اعتبر السبق بالكنتف لأن الاعتبار بالرأس متعذر ، فإن طویل العنق قد يسبق رأسه لطول عنقه لا لسرعة عدوه ، وفي الإبل ما يرفع رأسه وفيها ما يمد عنقه فربما سبق رأسه لمد عنقه لا لسبقه ، فلذلك اعتبرنا الكنتف فإن سبق رأس قصير العنق فهو سابق لأن من ضرورة ذلك كونه سابقا ، وإن سبق طویل العنق بأكثر مما بينهما في طول العنق فقد سبق وإن كان بقدره لم يسبقه وإن كان أقل فالآخر السابق ، ونحو هذا كله قول الشافعي . وقال الثوري : إذا سبق أحدهما بالأذن كان سابقا ولا يصح لأن أحدهما قد يرفع رأسه ويمد الآخر عنقه فيكون سابقا بأذنه لذلك لا لسبقه ؛ وإن شرطنا السبق بأقدام معلومة كثلاثة أو أكثر أو أقل لم يصح . وقال بعض أصحاب الشافعي يصح ويتخاطان ذلك كما في الرمي وليس بصحيح لأن هذا لا ينضبط ولا يقف الفرسان عند الغاية بحيث يعرف مساحة ما بينهما . وقد روى الدارقطني بإسناده عن علي (رض) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي : قد جعلت لك هذه السبقة بين الناس ، فخرج على فدعا سراقة ابن مالك فقال يا سراقة إني قد جعلت اليك ما جعل النبي صلى الله عليه وسلم في عنقي من هذه السبقة في عنقك فإذا أتيت الميطان - قال أبو عبد الرحمن الميطان مرسلما من الغاية - فصف الخيل ثم ناد : هل من مصالح للجوام أو حامل لغيرهم أو طارح لجل فاذا لم يجيبك أحد فكبر ثلاثا ثم خلما عند الثالثة فيسعد الله بسبقه من شاء من خلقه ، وكان على يقعد على منتهى الغاية يخط خطا ويقم رجلين

متقابلين عند طرف الخط طرفيه بين إبهامي أرجلها وثمر الخيل بين الرجلين ويقول لها إذا خرج أحد الفرسين على صاحبه بطرف أذنيه أو أذن أو عذار فاجعلا السبقة له ، فإن شككتما فاجعلا سبقيها نصفين فإذا قرتم ثنتين فاجعلا الغاية من غاية أصغر الثنتين ولا جلب ولا جنب ولا شغار في الاسلام . وهذا الأدب الذي ذكره في هذا الحديث في ابتداء الارسال وانتهاء الغاية من أحسن ما قيل في هذا . وهو مروي عن أمير المؤمنين علي رضي الله عنه في قضية أمره بها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفوضها إليه فينبغي أن تتبع ويعمل بها .

(فصل) ويشترط في الرهان أن تكون الدابتان من جنس واحد ؛ فإن كانتا من جنسين كالفرس والبعير لم يجز ، لأن البعير لا يكاد يسبق الفرس فلا يحصل الغرض من هذه المسابقة ، وإن كانتا من نوعين كالعربي والبرذون أو البختي والعراقي ففيه وجهان .

أحدهما لا يصح ، ذكره أبو الخطاب لأن التفاوت بينهما في الجرى معلوم بحكم العادة فأشبهها الجنس .

والثاني يصح . ذكره القاضي وهذا مذهب الشافعي لأنها من جنس واحد ، وقد يسبق كل واحد منها الآخر والضابط الجنس وقد وجد ، ويكفي في المظنة احتمال الحكمة ولو على بعد .

(فصول في المناضلة)

وهي المسابقة في الرمي بالسهم والمناضلة مصدر ناضلته نضالا ومناضلة وسمى الرمي نضالا لأن السهم التام يسمى نضالا فالرمي به عمل بالنضل فسمى نضالا ومناضله مثل قاتلته قتالا ومقاتله ، وجادلته جدالا ومجادله ويشترط لصحته ثمانية شروط أحدهما : أن يكون عدد الرشق معلوما والرشق بكسر الراء عدد الرمي ، وأهل اللغة يقولون هو عبارة عما بين العشرين والثلاثين والرشق بفتح الراء الرمي نفسه مصدر رشقت رشقا أي رميت رميا وإنما اشترط عليه لأنه لو كان مجهولا لأنضى إلى الخلاف لأن أحدهما يريد القطع والآخر يريد الزيادة فيختلفان .

الثاني : أن يكون عدد الاصابه معلوما فيقولان الرشق عشرون والاصابه

خمس أو ستة أو مائة يتفقان عليه منها إلا أنه لا يجوز اشتراط إصابة نادرة كإصابة جميع الرشق أو إصابة تسعة أعشاره ، ونحو هذا ؛ لأن الظاهر أن هذا لا يوجد فيفوت الغرض .

الثالث : استواءهما في عدد الرشق والاصابة وصفتهما وسائر أحوال الرمي ، فإن جملا رشق أحدهما عشرة والآخر عشرين ، أو شرطاً أن يصيب أحدهما خمسة والآخر ثلاثة ، أو شرطاً إصابة أحدهما خواسق والآخر خواصل ، أو شرطاً أن يحيط أحدهما من اصابعه سهمين أو يحيط سهمين من اصابعه بسهم من اصابعه صاحبه أو شرطاً أن يرمى أحدهما من بعد والآخر من قرب أو أن يرمى أحدهما وبين أصابعه سهم والآخر بين أصابعه سهمان ، أو أن يرمى أحدهما وعلى رأسه شيء والآخر خال عن شاغل ، أو أن يحيط عن أحدهما واحداً من خطئه لاله ولا عليه وأشياء هذا مما تفوت به المساواة لم يصح لأن موضوعها على المساواة والغرض معرفته الحدق وزيادة أحدهما على الآخر فيه ومع التفاضل لا يحصل ، فإنه ربما أصاب أحدهما لكثرة رمية لا لحدقه فاعتبرت المساواة كالمسابقة على الحيوان .

الرابع . أن يصفيا الاصابة فيقولان خواصل وهو المصيب للغرض كيفما كان قال الازهرى يقال خصلته مناضلي خصلة وخصلا ويسمى ذلك القرع والقرطسة يقال قرطس اذا أصاب . أو حوابي وهو ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب اليه . ومنه يقال حبا الصبي . أو خواصر وهو ما وقع في أحد جانبي الغرض ، ومنه قيل المحاصرة لأنها في جانب الانسان . أو خوارق وهو ما خرق الغرض ثم وقع بين يديه أو خواسق وهو ما خرق الغرض وثبت فيه أو موارد وهو ما نفذ الغرض ووقع من ورائه أو خوازم وهو ما خزم جانب الغرض ، وإن شرطاً الخواسق والحوابي مما أوضح

الخامس : قدر الغرض ، والغرض هو ما يقصد اصابعه من قرطاس أو ورق أو جلد أو خشب أو قرع أو غيره ، ويسمى غرضاً لأنه يقصد ويسمى شارة وشنا قال الازهرى : ما نصب في الهدف فهو القرطاس وما نصب في الهواء فهو الغرض ويجب أن يكون قدره معلوماً بالمشاهدة أو بتقديره بشهر أو شهرين بحسب الاتفاق فإن الاصابة تختلف باختلاف سعته وضيقه .

السادس : معرفة المسافة إما بالمشاهدة أو بالذرعان فيقول مائة ذراع أو مائتي ذراع لأن الإصابة تختلف بقربها وبعدها ومهما اتفقا عليه جاز إلا أن يجعل مسافة بعيدة تتعذر الإصابة في مثلها وهو ما زاد على ثلاثمائة ذراع فلا يصح لأن الغرض يفوت بذلك وقد قيل إنه ما رمى إلى أربع مائة ذراع إلا عقبه بن عامر الجهمي رضي الله عنه .

السابع : تعيين الرماة فلا يصح مع الإبهام لأن الغرض معرفة حذق الرامي بعينه لا معرفة حذق رام في الجملة ، ولو عقد اثنان نضالا على أربع مع كل واحد منهما ثلاثة لم يجوز لذلك ، ولا يشترط تعيين القوس والسهم ، ولو عينها لم تتعين لأن القصد معرفة الحذق ، وهذا لا يختلف إلا بالرامي لا باختلاف القوس والسهم ، وفي الرهان يعتبر تعيين الحيوان الذي يسابق به ولا يعتبر تعيين الرّاكب لأن الغرض معرفة عدو الفرس لا حذق الرّاكب .

وكل ما يعتبر تعيينية إذا تلف انفسخ العقد ولم يقم غيره مقامه لأن العقد يتعلق بعينه فانفسخ بتلف العين ، ولأن الغرض معرفة حذق الرامي أو عدو الفرس ، وقد فأت معرفة ذلك بموته ، ولا يعرف حذقه من غيره ، ومالا يتعين يجوز إبداله لعذر وغيره فإذا تلف قام غيره مقامه ، فإن شرطاً أن لا يرمى بغير هذا القوس ولا بغير هذا السهم أو لا يركب غير هذا الرّاكب فهذه شروط فاسدة لأنها تنافي مقتضى العقد أشبهت ما إذا شرط إصابة بإصابتين .

الثامن : أن تكون المسابقة في الإصابة ولو قالوا السبق لا بعدنا رمية لم يجوز لأن الغرض من الرمي الإصابة لا بعد المسافة فإن المقصود من الرمي إما قتل العدو أو جرحه أو الصيد أو نحو ذلك وكل هذا إنما يحصل من الإصابة لا من الأبعاد

(فصل) والمناضلة على ثلاثة أضرب .

أحدها . تسمى المبادرة وهو أن يقول من سبق إلى خمس إصابات من عشرين رمية فهو السابق فأيهما سبق إليها مع تساويهما في الرشق فقد سبق فإذا رميا عشرة فأصاب أحدهما خمسا ولم يصب الآخر خمسا فالصيب خساً هو السابق ، لأنه قد سبق إلى خمسة وسواء أصاب الآخر أربعة أو ما دونها

أو لم يصب شيئاً ولا حاجة الى اتمام الرشق لان السبق قد حصل بسبفه الى ما شرطنا
السبق اليه .

وان أصاب كل واحد منهما من العشر خمسا فلا سابق فيهما ولا يكملان
الرشق ، لان جميع الاصابة المشروطة قد حصلت واستويا فيها فإن رمى أحدهما
عشرأ فأصاب خمسا ورمى الآخر تسعا فأصاب أربعة لم يحكم بالسبق ولا بعده
حتى يرمى العاشر فإن أخطأ به فقد سبق الاول ، وان أصاب به فلا سابق فيهما
وان لم يكن أصاب من التسعة الا ثلاثاً فقد سبقه الاول ولا يحتاج الى رمى العاشر
لان أكثر ما يحتمل انه يصيب به ولا يخرج ذلك عن كونه مسبقاً .

الضرب الثاني : أن يقول : أينما فضل صاحبه بإصابة أو أصابتين أو ثلاث
من عشرين رمية فقد سبق ويسمى مفاضله ومحاطة لان ما تساويا فيه من الاصابة
محطوط غير معتد به ، ويلزم اكمال الرشق اذا كان في اتمامه فائدة .

فإذا قال : أينما فضل صاحبه بثلاث فهو سابق فرميا اثنتي عشرة رمية فأصابها
أحدهما وأخطأها الآخر كلها لم يلزم اتمام الرشق لان أكثر ما يحتمل أن يصيب
الآخر الثماني الباقية ويخطئها الاول ولا يخرج الاول بهذا عن كونه سابقاً .

وان كان الاول انما أصاب من الاثنتي عشرة عشرأ لزمهما أن يرميا الثالثة
عشرة فإن أصاباها أو أخطأ أو أصابها الاول وحده فقد سبق ولا يحتاج الى
اتمام الرشق ، فان أصابها الآخر وأخطأها الاول فعليهما أن يرميا الرابعة عشرة
والحكم فيها وفيها بعدها كالحكم في الثالثة عشر ، وأنه من أصاباها أو أخطأ
أو أصابها الاول فقد سبق ولا يرميان ما بعدها ، وان أصابها الآخر وحده رميا
ما بعدها ، وهكذا كل موضع كان في اتمام الرشق فائدة لاحدهما لزم اتمامه وان
يئس من الفائدة لم يلزم اتمامه ، فإذا بقي من العدد ما يمكن أن يسبق أحدهما به
سبق صاحبه لزم الاتمام والا فلا .

فإذا كان السبق يحصل بثلاث اصابات من عشرين فرميا ثماني عشرة فأخطأها
أو أصاباها أو تساويا في الاصابة فيها لم يلزم اتمام الرشق لان أكثر ما يحتمل
أن يصيب أحدهما هاتين الرمتين ويخطئها الآخر ولا يحصل السبق بذلك ،

وكذلك إن فضل أحدهما الآخر بخمس إصابات فما زاد لم يلزم الاتمام لأن إصابة الآخر بالسهمين الباقيين لا يخرج الآخر عن كونه فاضلا بثلاث إصابات وإن لم يفضل إلا بأربع رميا السهم الآخر ، فإن أصابه المفضول وحده فعليهما رمى الآخر فإن أصابه المفضول أيضا سقط سبق الأول ، وإن أخطأ في أحد السهمين أو أصاب الأول في أحدهما فهو سابق .

فصل

الثالث أن يقولوا : أينما أصاب خمسا من عشرين فهو سابق فتي أصاب أحدهما خمسا من العشرين ولم يصبها الآخر فالأول سابق : وإن أصاب كل واحد منهما خمسا أو لم يصب واحد منهما خمسا فلا سابق فيهما وهذه في معنى المحاطة في أنه يلزم إتمام الرشق ما كان في إتمامه فائدة ، فإذا خلا عن الفائدة لم يلزم إتمامه ومتى أصاب كل واحد منهما خمسا لم يلزم إتمامه ولم يكن فيهما سابق ، فإن رميا ست عشرة رمية ولم يصب واحد منهما شيئا لم يلزم إتمامه ولا سابق فيهما لأن أكثر ما يحتمل أن يصاب أحدهما الأربعة كلها ولا يحصل السبق بذلك .

واختلف أصحابنا : فقال أبو الخطاب : لا بد من معرفة الرمي هل هو مبادرة أو محاطة أو مفاضلة ؟ لأن غرض الرماة يختلف فمنهم من تكثر أصابته في الابتداء دون الانتهاء ومنهم من هو بالعكس فوجب بيان ذلك ليعلم ما دخل فيه ، وظاهر كلام القاضى أنه لا يحتاج إلى اشتراط ذلك لأن مقتضى النضال المبادرة ، وأن من بادر إلى الإصابة فهو السابق فانه إذا شرط أن السابق لمن أصاب خمسة من عشرين فسبق اليها واحد فقد وجد الشرط . ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

(فصل) فإن شرط إصابة موضع من الهدف على أن يسقط ما قرب من إصابة أحدهما ما بعد من إصابة الآخر ففعل ثم فضل أحدهما الآخر بما شرطاه كان سابقا ، ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى ، لأن هذا نوع من المحاطة فإذا أصاب أحدهما موضعا بينه وبين الغرض شبر وأصاب الآخر موضعا بينه وبين الغرض أقل من شبر أسقط الأول ، وإن أصاب الأول الغرض أسقط الثانى فإن أصاب الثانى الدائرة التي في الغرض لم يسقط به الأول لأن الغرض كله موضع

للاصابة فلا يفضل احدهما صاحبه اذا اصاباه جميعا الا ان يشترطا ذلك ، وان شرطا ان يحسب كل واحد منهما خاسقه يا صابئين جاز لان احدهما لم يفضل صاحبه في شيء فقد استويا .

(فصل) والسنة ان يكون لهما غرضان يرميان احدهما ثم يرضيان اليه فيأخذان السهام يرميان الاخر ، لان هذا كان فعل اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ما بين الغرضين روضة من رياض الجنة » .

وقال ابراهيم التيمي : رأيت حذيفة يشتد بين الهدفين يقول : انا بها انا بها في قبض ، وعن ابن عمر مثل ذلك ، والهدف ما ينصب الغرض عليه اما تراب بمجموع واما حائط ، ويروى عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انهم كانوا يشتدون بين الاغراض يضحك بعضهم الى بعض فاذا جاء الليل كانوا رهبا ، فان جعلوا غرضا واحدا جاز لان المقصود يحصل به وهو عادة اهل عصرنا .

ولا بد في المناضلة ان يتدى احدهما بالرمي لانهما لو رميا معا افضى الى الاختلاف ولم يعرف المصيب منهما فان كان المخرج اجنبيا قدم من يختاره منهما فان لم يختار وتشاحا اقرع بينهما وايها كان احق بالتقديم فبدره الاخر فرمى لم يعتد له بسهمه اصاب او اخطأ ، واذا بدأ احدهما في وجه بدأ الاخر في الثاني تعديلا بينهما ، وان شرطا البداية لاحدهما في كل الوجوه لم يصح لان موضوع المناضلة على المساواة وهذا تفاضل فان فعل ذلك من غير شرط باتفاق منها جاز لان البداية لا اثر لها في الاصابة ولا في تجويد الرمي ، وان شرطا ان يبدأ كل واحد منهما من وجهين متواليين جاز لتساويهما .

ويحتمل ان يكون اشتراط البداية في كل موضع ذكرنا غير لازم ولا يؤثر في العقد لانه لا اثر له في تجويد رمي ولا كثرة اصابة ، وكثير من الرماة يختار التأخر على البداية فيكون وجود هذا الشرط كعدمه فاذا رمى البادى بسهم رمى الثاني بسهم كذلك حتى يقضيا رميهما لان اطلاق المناضلة يقتضى المراسلة ولان ذلك اقرب الى التساوى وانجز للرمي لان احدهما يصلح قومه ويعدل سهمه

حتى يرمى الآخر، وان رميا بسهمين سهمين فحسن وهو العادة بين الرماة فيهارأينا وان اشترطا ان يرمى أحدهما رشقا ثم يرمى الآخر او يرمى أحدهما عددا ثم يرمى الآخر مثله جاز، لان هذا لا يؤثر في مقصود المناضلة، وان خالف مقتضى الاطلاق كما يجوز ان يشترط في البيع ما لا يقتضيه الاطلاق من النقود والخيار والاجل لما كان غير مانع من المقصود .

(فصل وان شرط ان يرميا أرشاقا كثيرة جاز لانه اذا جاز على القليل جاز على الكثير ولا بد ان تكون معلومة ثم ان شرط ان يرميا منها كل يوم قدراً اتمقا عليه جاز لان الغرض في هذا صحيح فإنهما او أحدهما قد يضعف عن الرمي كله مع حذقه ، وان أطلقا العقد جاز وحمل على التعجيل والحلول كسائر العقود فيرميان من أول النهار الى آخره الا ان يعرض عذر يمنع من مرض لو ريج او تشوش السهام او ملحا جته الى طعام او شراب او صلاة او قضاء حاجة لان هذه مستثناة بالعرف ، وكذلك المطر فانه يرنخي الوتر ويفسد الرشق فاذا جاء الليل تركاه لان العادة ترك الرمي بالليل فحمل العقد عليه مع الاطلاق الا ان يشترطا الرمي ليلا فيأخذ أحدهما صاحبه بذلك .

وان كانت الليلة مقمرة منيرة اكتفى بذلك والا رميا في ضوء شمعة او مشعل وان عرض عارض يمنع الرمي كما ذكرنا أو كسر قوس أو قطع وتر أو انكسر سهم جاز إبداله فان لم يمكن آخر الرمي حتى يزول العارض .

(فصل) فان أراد أحدهما التطويل والتشاغل عن الرمي بما لا حاجة اليه من مسح القوس والوتر ونحو ذلك ارادة التطويل على صاحبه لعله ينسى القصد الذي أصاب به أو يفتر ، منع من ذلك وطول بالرمي ولا يدهش بالاستعجال بالكلية بحيث يمنع من تحري الاصابة ويمنع كل واحد منهما من الكلام الذي ينبغي به صاحبه مثل أن يرتجز ويفتخر ويتبجح بالاصابة ويعنف صاحبه على الخطأ أو يظهر له أنه يعليه ، وهكذا الحاضر معهما مثل الامير والشاهدين وغيرهم بكره لهم مدح المصيب وزهزته وتعنيف المخطيء وزجره لان فيه كسر قلب أحدهما وغيظه (فصل) واذا تشاحا في موضع الوقوف فان كان ما طلبه أحدهما اولي مثل

أن يكون في أحد الموقفين يستقبل الشمس أو ريحا يؤذيه استقبالها ونحو ذلك ،
والآخر يستدبرها ، قدم قول من طلب استدبارها لأنه العرف ، إلا أن يكون في
شرطهما استقبال ذلك فالشرط أملك كما قلنا في الرمي ليلا ، وإن كان الموقفان
سواء كان ذلك إلى الذي له البداءة فيتبعه الآخر ، فإذا كان في الوجه الثاني وقف
حيث شاء ويتبعه الأول .

(فصل) ويجوز عقد النضال على جماعة لأنه يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم
مر على أصحاب له ينتضلون فقال «ارموا وأنا مع ابن الأدرع» فأمسك الآخرون
وقالوا كيف نرمي وأنت مع ابن الأدرع ؟ قال «ارموا وأنا معكم كالكم» رواه
البخاري ، ولأنه إذا جاز أن يكونا اثنين جاز أن يكونوا جماعتين ، لأن المقصود
معرفة الخدق ، وهذا يحصل في الجماعتين لجواز كما في سياق الخيل . وقد ثبت أن
النبي صلى الله عليه وسلم سبق بين الخيل المضمرة وسبق بين الخيل التي لم تضمر
وعلى هذا يكون كل حزب بمنزلة واحد ، فإن عقد النضال جماعة ليتناضلوا حزبين
فذكر القاضي أنه يجوز وهو مذهب الشافعي

ويحتمل أن لا يجوز لأن التعيين شرط وقبل التفاضل لم يتعين من في كل
واحد من الحزبين ، فعلى هذا إذا تفاضلوا عقدوا النضال بعده

وعلى قول القاضي يجوز العقد قبل التفاضل ولا يجوز أن يقتسموا بالقرعة
لأنها ربما وقعت على الخدق في أحد الحزبين وعلى السكوادن في الآخر فيبطل
مقصود النضال بل يكون لكل حزب رئيس فيختار أحدهما واحداً ثم يختار
الآخر واحداً كذلك حتى يتفاضلوا جميعاً ، ولا يجوز أن يجعل الخيار إلى أحدهما
في الجميع ولا أن يختار جميع حزبه أولاً لأنه يختار الخدق كلهم في حزبه ولا
يجوز أن يجعل رئيس الحزبين واحداً لأنه يميل إلى حزبه فتلحقه التهمة ، ولا
يجوز أن يختار كل واحد من الرئيسين أكثر من واحد لأنه أبعد من التساوي ،
وإذا اختلفا في المبتدى بالخيار منها أقرع بينهما .

ولو قال أحدهما أنا أختار أولاً وأخرج السبق أو يخرج أصحابي لم يجز لأن
السبق إنما يستحق بالسبق لا في مقابلة تفضل أحدهما بشيء .

(فصل) وإذا خرج أحد الزعيمين السبق من عنده فسبق حزبه لم يكن على حزبه

شيء لأنه جملة على نفسه دونهم ، وإن شرطه عليهم فهو عليهم بالسوية ويكون للحزب الآخر بالسوية من أصاب منهم ومن لم يصب في أحد الوجهين ، كما أنه على الحزب الآخر بالسوية ، وفي الوجه الآخر يقسم بينهم على قدر الإصابة ليس لمن لم يصب منهم شيء لأن استحقاقه بالإصابة فكان على قدرها ، واختص بمن وجدت منه بخلاف المسبوقين فإنه وجب عليهم لالتزامهم له وقد استروا في ذلك (فصل) ومتى كان النضال بين حزبين اشترط كون الرشق يمكن قسمه بينهم بغير كسر ويتساوون فيه فإن كانوا ثلاثة وجب أن يكون له ثلث ، وإن كانوا أربعة وجب أن يكون له ربع ، وكذلك ما زاد لأنه إذا لم يكن كذلك بقي سهم أو أكثر لا يمكن الجماعة الاشتراك فيه .

(فصل) وإذا كانوا حزبين ودخل معهم رجل لا يعرفونه في أحد الحزبين وكان يحسن الرمي جاز ، وإن كان لا يحسنه بطل العقد فيه وأخرج من الحزب الآخر من جعل بإزمائه لأن لكل واحد يجعل في مقابلته آخر أو يختار أحد الزعيمين واحداً ويختار الآخر آخر في مقابلته وهل يبطل في الباقيين؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة .

فإن قلنا : لا يبطل فلكل حزب الخيار لتبعض الصفقة في حقهم ، وإن بان رامياً لكنه قليل الإصابة فقال حزبه ظنناه كثير الإصابة أو لم نعلم حاله أو بان كثير الإصابة فقال الحزب الآخر ظنناه قليل الإصابة لم يسمع ذلك منهم وكان كمن عرفوه لأن شرط دخوله أن يكون في العقد من أهل الصنعة دون الخدق كالأشترى عبداً على أنه كاتب فبان حاذقاً أو ناقصاً فيها لم يؤثر .

(فصل) ولا يجوز أن يقولوا نقرع فمن خرجت قرعته فهو السابق ولا أن من خرجت قرعته فالسبق عليه ولا أن يقولوا نرعى فأينا أصاب فالسبق على الآخر لأنه عوض في عقد فلا يستحق بالقرعة ولا بالإصابة ، وإن شرطوا أن يكون فلان مقدم حزب وفلان مقدم الآخر ثم فلان ثانياً من الحزب الأول وفلان ثانياً من الحزب الثاني كان فاسداً . لأن تقديم كل واحد من الحزب يكون إلى زعيمه وليس للحزب الآخر مشاركته في ذلك فإذا شرطوه كان فاسداً .

(فصل) وإذا تناضل اثنان وأخرج أحدهما السابق . يقال اجنبي : أنا

شريكك في الغنم والغرم ان فضلك فنصف السبق على وإن فضلكه فنصفه. لم يجوز وكذلك لو كان المتناضلون ثلاثة فيهم محلل فقال رابع للمستبقين أنا شريككما في الغنم والغرم كان باطلا ، لأن الغنم والغرم إنما يكون من المناضل ، فأما من لا يرمى فلا يكون له غنم ولا غرم ، ولو شرطاً في النضال انه اذا جلس المسبق كان عليه السبق لم يجوز لأن السبق على النضال ، وهذا الشرط يخالف مقتضى النضال فكان قاسداً .

(فصل) ولو فضل أحد المتناضلين صاحبه فقال المفضول . اطرح فضلك وأعطيك ديناراً لم يجوز لأن المقصود معرفة الحذق ، وذلك يمنع منه وإن فسخا العقد وعقداً آخر جاز ، وإن لم يفسخاه ولكن رميا تمام الرشق فتعت الاصابة له مع ما أسقطه استحق السبق ورد الدينار ان كان أخذه .

(فصل) اذا كان شرطهما خواصل وهي الاصابة المطلقة اعتد بها كيفما وجدت بشرط أن يصيب ينصل السهم فإن أصاب بعرضه أو بفوقه نحو أن ينقلب السهم بين يدي الغرض فيصيب فوقه الغرض لم يعتد به لأن هذا من سوء الخطأ ، وإن انقطع السهم قطعتين فأصابت القطعة الأخرى لم يحتسب به ، فإن كان الغرض جلدأ خيط عليه شنبر كشنبر المنخل ، وجعل له عرى وخيوطا تعلق به في العرى فأصاب الشنبر أو العرى نظرت في شرطهما فإن شرطاً إصابة الغرض اعتد له لأن ذلك من الغرض . فأما المعاليق وهي الخيوط فلا يعتد له بإصابتها على كلا الشرطين لأنها ليست من الجلدة ولا من الغرض فأشبهه إصابة الهدف

(فصل) وإن أطارت الريح الغرض فوق السهم في موضعه فإن كان شرطهما خواصل احتسب له به لعلمنا انه لو كان الغرض في موضعه أصابه ، وإن كان شرطهما خواسق فقال القاضي ينظر فإن كانت صلابة الهدف كصلابة الغرض فثبت في الهدف احتسب له به لأنه لو بقي مكانه لثبت فيه كشوته في الهدف ، وإن لم يثبت فيه مع التساوى لم يحتسب ، وإن كان الهدف أصاب فلم يثبت فيه أو كان رخوا لم يحتسب السهم له ولا عليه لأننا لا نعلم هل كان يثبت في الغرض لو بقي مكانه أو لا ؟ وهذا مذهب الشافعي .

وقال أبو الخطاب : إن كان شرطهما خواسق لم يحتسب له بالسهم الذي وقع في موضعه ولا عليه لانتها لا ندري هل يثبت في الغرض لو كان موجوداً أو لا ؟ وإن وقع السهم في غير موضع الغرض احتسب به على راميّه لأنه خطأ ، ولو وقع في الغرض في الموضع الذي طار اليه حسب عليه أيضاً لا له إلا أن يكونا اتفاقاً على رميه في الموضع الذي طار اليه ، وكذلك الحكم إذا ألقى الرّيح الغرض على وجهه

(فصل)

وإذا رمى فأخطأ لعارض من كسر قوس أو قطع وتر أو حيوان اعترض بين يديه وريح شديدة ترد السهم عرضاً لم يحسب عليه بذلك السهم لأن خطاه للعارض لا لسوء رميه .

قال القاضى ولو أصاب لم يحتسب له لأنه إذا لم يحتسب عليه لم يحتسب له ولأن الريح الشديدة كما يجوز أن تصرف الرمي الشديد فيخطئ يجوز أن تصرف السهم المخطئ عن خطئه فيقع مهيئاً فتكون إصابته بالريح لا بحذق رميه ، فأما أن وقع السهم في حائل بينه وبين الغرض فرقه وأصاب الغرض حسب له لأن إصابته لسداد رميه ومروقه لقوته فهو أولى من غيره ، وإن كانت الريح لينة خفيفة ، لا ترد السهم عادة لم يمنع لأن الجو لا يخلو من ريح ولأن الريح اللينة لا تؤثر إلا في الرمي الرخو الذي لا ينتفع به .

(فصل) وإن كان شرطهما خواسق والخاسق ما ثقب الغرض وثبت فيه فمّن أصاب الغرض بنصله وثبت فيه حسب له وإن خدشه ولم يثقبه لم يحتسب له وحسب به عليه ، وإن مرق منه احتسب له به لأن ذلك لقوة رميه فهو أبلغ من الخاسق وإن خرقة وهو أن يثقبه ويقع بين يديه ففيه وجهان .
أحدهما : يحتسب له لأنه ثقب ثقباً يصلح للخاسق وإنما لم يثبت السهم لسبب آخر من سعة الثقب أو غيره .

والثاني : لا يحتسب له لأن شرطهما الخواسق والخاسق ما ثبت وثبوته يكون بحذق الرامي وقصده برميّه ما اتفاقاً عليه ، فإن كان امتناع السهم من الثبوت لمصادفته ما يمنع الثبوت من حصاة أو حجر أو عظم أو أرض غليظة ففيه الوجهان

إلا أنه إذا لم يحتسب له لم يعد عليه لأن العارض منعه من الثبوت فأشبه ما لو منعه عارض من الإصابة ، وإن اختلفا في وجود العارض نظرت فإن علم موضع الثقب باتفاقهما أو بيينة نظر في الموضع فإن لم يكن فيه ما يمنع فالقول قول المنكر ، وإن كان فيه ما يمنع فالقول قول المدعى ولا يمين لأن الحال تشهد بصدق ما ادعاه وإن لم يعلم موضع الثقب إلا أنهما اتفقا على أنه خرق الغرض ولم يكن وراءه شيء يمنع فالقول قول المنكر بغير يمين أيضا لأنه لا مانع ، وإن كان وراءه ما يمنع وادعى المصاب عليه أنه لم يكن السهم في موضع وراءه ما يمنع فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الإصابة مع احتمال ما يقوله المصيب وإن أنكر أن يكون خرق أيضا فالقول أيضا قوله مع يمينه لما ذكرناه :

(فصل) وإن شرطنا خاسقا فوق السهم في ثقب في الغرض أو موضع بال فثقبه وثبت في الهدف معلقا في الغرض نظرت فإن كان الهدف صليبا كصلابة الغرض فثبت فيه حسب له لأنه علم أن الغرض لو كان صحيحا لثبت فيه ، وإن كان الهدف ترابا أهيل لم يحتسب له ولا عليه لأننا لا نعلم هل كان يثبت في الغرض لو أصاب موضعا منه قويا أو لا ؟ وإن صادف السهم في ثقب في الغرض قد ثبت في الهدف مع قطعة من الغرض . فقال الرامي : خسفت ، وهذه الجلدة قطعها سهمي لشدة الرمية فأنكر صاحبه ، وقال : بل هي كانت مقطوعة ، فإن علم أن الغرض كان صحيحا فالقول قول الرامي ، وإن اختلفا فذكر القاضي . أنها كالتى قبلها إن كان الهدف رخوآ لم يعتد به ، وإن كان قويا صليبا اعتد به ، وإن وقع سهمه في سهم ثابت في الغرض اعتد له به فإن كان شرطهما خواسق لم يحتسب له به ولا عليه لأننا لا نعلم يقينا أنه لو لا فوق السهم الثابت لحسق فإن أصاب السهم ثم سبج عنه فحسق احتسب له به .

(فصل) إذا قال رجل لآخر : أرم هذا السهم فإن أصبت به فلك درهم صح وكان جمالة لأنه بذل مالا له في فعل له فيه غرض صحيح ولم يكن هذا نضالا لأن النضال يكون بين اثنين أو جماعة على أن يرموا جميعا ويكون الجعل لبعضهم إذا كان سابقا ، وإن قال : إن أصبت به فلك درهم ، وإن أخطأت فعليك درهم لم يصح لأنه قمار .

وإن قال : ارم عشرة أسهم فإن كان صوابك أكثر من خطأك فلك درهم
صح . أنه جعل الجعل في مقابلة الإصابة المعلومة ، فإن أكثر العشرة أقله ستة
وليس ذلك بجهول لأنه بالأقل يستحق الجعل

وإن قال : إن كان صوابك أكثر فلك بكل سهم أصبت به درهم صح .
وكذلك إن قال : ارم عشرة ولك بكل سهم أصبت به منها درهم . أو قال فلك
بكل سهم زائد على النصف من المصيبات درهم لأن الجعل معلوم بتقديره بالإصابة
فأشبه ما لو قال : استق لي من هذا البئر ولك بكل دلو تمرة . أو قال : من رد
عبداً من عبيدي فله بكل عبد درهم .

وإن قال : وإن كان خطؤك أكثر فعليك درهم أو نحو هذا لم يجوز لأنه قمار .
وإن قال : ارم عشرة فإن أخطأتها فعليك درهم أو نحو هذا لم يجوز لأن الجعل
يكون في مقابلة عمل ولم يوجد من القابل عمل يستحق به شيئاً . ولو قال الرامي
لأجنبي : إن أخطأت فلك درهم لم يصح لذلك

(فصل)

وإذا عقدا النضال ولم يذكر اقوساً فظاهر كلام القاضى أنه يصح ويستويان
في القوس إما العربية وإما العجمية . وقال غيره : لا يصح حتى يذكر نوع
القوس الذى يرميان عليه في الابتداء لأن إطلاقه ربما أفضى الى الاختلاف ،
وقد أمكن التحرز عنه بالتعيين للنوع فيجب ذلك .

وان اتفقا على أنهما يرميان بالنشاب في الابتداء صح وينصرف الى الرمي
بالقوس العجمية ، لأن سهامها هو المسمى بالنشاب وسهام العربية يسمى نبلاً .
فإن عين نوعاً من القوس لم يجوز العدول عنها الى غيرها لأن أحدهما قد يكون
أحقق بالرمي بأحد النوعين دون الآخر .

وان عينا قوساً بعينها لم تتعين لأنها قد تنكسر ويحتاج الى إبدالها لأن الحق
لا يختلف باختلاف عين القوس بخلاف النوع . وان تناضلا على أن يرمى
أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية ، أو أحدهما بقوس الزنبور والآخر بقوس

الجرج أو قوس الحسيان وهو قوس سهامه قصير يجعل في مجرى مثل القوسبة ثم يرمى بها فقيها وجهان .

أحدهما يصح ، وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانهما نوعا جنس فصحت المسابقة مع اختلافهما كالخيل والابل

والثاني لا تصح المسابقة مع اختلافهما لانهما يختلفان في الاصابة فجرى مجرى المسابقة بين جنسين ، وكذلك الحكم في المسابقة بين نوعي الخيل والابل .

(فصل)

وظاهر كلام أحمد اباحة الرمي بالفوس الفارسية ، ونص على جواز المسابقة بها . وقال أبو بكر بن جعفر : يكره ، لأنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رأى مع رجل قوساً فارسية فقال : القها فانها ملعونة ، ولكن عليكم بالقسي العربية وبرماح القنا ، فيها يؤيد الله الدين ، وبها يمكن الله لكم في الأرض ، رواه الأثرم .

ولنا انعقاد الاجماع على الرمي بها واباحه حملها ، فان ذلك جار في أكثر الاعصار وهي التي يحصل الجهاد بها في عصرنا وأكثر الاعصار المتقدمة . وأما الخبر فيحتمل انه لعنهما لان حملتها في ذلك العصر العجم ولم يكونوا أسلوا بعد ومنع العرب من حملها لعدم معرفتهم بها ، ولهذا أمر برماح القنا ، ولو حمل انسان رمحا غيرها لم يكن مذموماً . وحكي أحمد أن قوما استدلوا على القسي الفارسية بقول الله تعالى (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة) يعني أن هذا مما استطاعه من القوة فيدخل في عموم الآية .

مسألة ، قال (ولا يجوز اذا أرسل الفرسان أن يجنب أحدهما الى فرسه فرساً يخرضه على العدو ولا يصبح به وقت سباقه لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (لا جنب ولا جلب)

معنى الجنب أن يجنب المسابق الى فرسه فرساً لا راكب عليه يخرض الذي

تحتة على العدو ويحثه عليه ، هذا ظاهر كلام الخرقى . وقال القاضي : معناه أن يجنب فرسا يتحول عند الغاية عليه لكونها أقل كلالا وإعياء .

قال ابن المنذر : كذا قيل ولا أحسب هذا يصح ، لأن الفرس التي يسابق عليها لا بد من تعيينها فإن كانت التي يتحول عنها فما حصل السبق بها ، وإن كانت التي يتحول إليها فما حصلت المسابقة بها في جميع الحلبة ومن شرط السباق ذلك ولأن هذا متى احتاج إلى التحول والاشتغال به فربما سبق باشتغاله لاسرعة غيره ولأن المقصود معرفة عدو الفرس في الحلبة كلها فمتى كان إنما يركبه في آخر الحلبة فما حصل المقصود .

وأما الجلب : فهو أن يتبع الرجل فرسه يركض خلفه ويجلب عليه ويصيح وراءه يستحثه بذلك على العدو ، هكذا فسر مالك .

وقال قتادة : الجلب والجنب في الرهان ، وروى عن أبي عبيد كقول مالك وحكى عنه أن معنى الجلب أن يحشر الساعي أهل الماشية ليصدقهم ، قال فلا يفعل لياتهم على مياهم فيصدقهم ، والتفسير الأول هو الصحيح لما روى عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا جلب ولا جنب في الرهان ، رواه أبو داود .

وفي حديث علي في السباق وفي آخره : ولا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام ، ويروى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا ،

كتاب الأيمان

الأصل في مشروعيتهما وثبوت حكمهما الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله سبحانه (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان) الآية ، وقال تعالى (ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها) وأمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالحنث في ثلاثة مواضع فقال (ويستتبثونك أحق هو ؟ قل إني وربي إنه لحق وما أتم بمعجزين) وقال تعالى (قل بلى وربي لتأتينكم) .

والثالث (قل بلى وربي لتبعن) وأما السنة : فقول النبي صلى الله عليه وسلم « إني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتما » متفق عليه ، وكان أكثر قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم « ومصرف القلوب — ومقلب القلوب » ثبت هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في آي وأخبار سـوى هذين كثير ، وأجمعت الأمة على مشروعية اليمين وثبوت أحكامها ، ووضعها في الأصل لتوكيد المحلوف عليه .

(فصل) وتصح من كل مكاف مختار قاصد إلى اليمين ، ولا تصح من غير مكاف كالصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاث » ولأنه قول يتعلق به وجوب حق فلم يصح من غير مكاف وفي السكران وجهان بناء على أن هذا مكاف أو غير مكاف ولا تنعقد يمين مكره : وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة : تنعقد لأنها يمين مكاف فانعقدت كيمين المختار .

ولنا ما روى أبو أمامة ووائل بن الأسقع : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ليس على مقهور يمين » ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح ككلمة الكفر .

(فصل) وتصح اليمين من الكافر وتلزمه الكفارة بالحنث سواء حنث في كفره أو بعد إسلامه ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر : إذا حنث بعد إسلامه ، وقال الثوري وأصحاب الرأي : لا ينعقد يمينه لأنه ليس بمكاف .

ولنا : أن عمر رضي الله عنه نذر في الجاهلية أن يعتكف في المسجد الحرام

فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالوفاء بنذره ولأنه من أهل القسم بدليل قوله تعالى (فيقسمان بالله) ولا نسلم أنه غير مكلف ، وإنما تسقط عنه العبادات بإسلامه ، لأن الإسلام يجب ما قبله ، فأما ما يلزمه بنذره أو يمينه فينبغي أن يبقى حكمه في حقه لأنه من جهته .

(فصل)

ولا يجوز الحلف بغير الله وصفاته نحو : أن يحلف أيه أو الكعبة أو صحابي أو إمام ، قال الشافعي أخشى أن يكون معصية . قال ابن عبد البر : وهذا أصل يجمع عليه ؛ وقيل يجوز ذلك لأن الله تعالى أقسم بمخلوقاته فقال (والصافات صفاء) (والمرسلات عرفا) (والنازعات غرقا) وقال النبي (ص) للأعرابي السائل عن الصلاة : أفلح وأبيه أن صدق ، وقال في حديث أبي العشراء : وأبيك لو طعنت في نخذهما لاجزأك .

ولما ما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم أدركه وهو يحلف بأبيه فقال : إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم ، من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت ، قال عمر فما حلفت بها بعد ذلك ذا كرا ولا آثرا ، متفق عليه ، يعني ولا حاكيا لها عن غيري .

وعن ابن عمر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من حلف بغير الله فقد أشرك ، قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من حلف بالللات والعزى فليقل لا إله إلا الله .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من حلف بمله غير الإسلام كاذبا فهو كما قال ، متفق عليه ، وفي لفظ : من حلف أنه بريء من الإسلام فإن كان قد كذب فهو كما قال ، وإن كان صادقا لم يرجع إلى الإسلام سالما ، رواه أبو داود ، فأما قسم الله بمصنوعاته فإنما أقسم به دلالة على قدرته وعظمته ، والله تعالى أن يقسم بما شاء من خلقه ولا وجه للقياس على أقسامه ، وقد قيل : إن في أقسامه أضممار القسم برب هذه المخلوقات فقوله (والضحى) أي ورب الضحى . وأما قول النبي صلى الله عليه وسلم : أفلح وأبيه أن صدق ، فقال ابن عبد البر

هذه اللفظة غير محفوظة من وجه صحيح فقد رواه مالك وغيره من الحفاظ فلم يقولوها فيه .

وحديث أبي العشراء قد قال أحمد لو كان يثبت ؟ يعني أنه لم يثبت ولهذا لم يعمل به الفقهاء في إباحة الذبح في الفخذ ، ثم لو ثبت فالظاهر أن النهي بعده لان عمر قد كان يحلف بها كما حلف بها النبي صلى الله عليه وسلم ثم نهى عن الحلف بها ، ولم يرد بعد النهي إباحة ؛ ولذلك قال عمر وهو يروى الحديث بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم : فما حلفت بها ذا كراً ولا آثراً .

ثم إن لم يكن الحلف بغير الله محرماً فهو مكروه ، فإن حلف فلستغفر الله تعالى أو ليذكر الله تعالى كما قال النبي صلى الله عليه وسلم : من حلف باللات والعزى فليقل لا إله إلا الله ، لأن الحلف بغير الله سيئة والحسنة تحو السيئة ، وقد قال الله تعالى (إن الحسنات يذهبن السيئات) .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم : إذا عملت سيئة فأتبعها حسنة تحبها ، ولا أن من حلف بغير الله فقد عظم غير الله تعظيماً يشبه تعظيم الرب تبارك وتعالى ؛ ولهذا سمي شركاً لكونه أشرك غير الله مع الله تعالى في تعظيمه بالقسم به فيقول لا إله إلا الله توحيداً لله تعالى وبرادة من الشرك ، وقال الشافعي : من حلف بغير الله تعالى فليقل : استغفر الله .

(فصل)

ويكره الإفراط في الحلف بالله تعالى لقول الله تعالى (ولا تطع كل حلاف مهين) وهذا ذم له يقتضي كراهة فعله ، فإن لم يخرج إلى حد الإفراط فليس بمكروه إلا أن يقترن به ما يوجب كراهته ، ومن الناس من قال : الإيمان كلها مكروهه لقول الله تعالى : ولا تجعلوا الله عرضة لإيمانكم .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحلف كثيراً وقد كان يحلف في الحديث الواحد إيماناً كثيرة ، وربما كرر الإيمان الواحدة ثلاثاً فإنه قال في خطبة الكسوف : والله يا أمة محمد ما أحد أغير من الله أن يزني عبده أو تزني أمته ، يا أمة محمد والله لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلاً ولبكيتم كثيراً ، ولقيته امرأة من الأنصار

معها أولادها فقال «والذي نفسي بيده إنكم لأحب الناس إلى ثلاث مرات ، وقال
 « والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا ، ولو كان هذا
 مكروها لكان النبي صلى الله عليه وسلم أبعد الناس منه . ولأن الحلف بالله تعظيم
 له وربما ضم إلى يمينه وصف الله تعالى بتعظيمه وتوحيده فيكون مثابا على ذلك .
 وقد روى « أن رجلا حلف على شيء فقال : والله الذي لا إله إلا هو ما فعلت
 كذا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما إنه قد كذب ولكن قد غفر له بتوحيده ،
 وأما الإفراط في الحلف فإنما كره لأنه لا يكاد يخلو من الكذب والله أعلم .

فأما قوله (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم) فمعناه لا تجعلوا أيمانكم بالله
 مانعة لكم من البر والتقوى والاصلاح بين الناس ، وهو أن يحلف بالله أن لا يفعل
 برا ولا تقوى ولا يصلح بين الناس ثم يمتنع من فعله ليبر في يمينه ولا يبحث فيها
 فنهوا عن المضى فيها .

قال أحمد وذكر حديث ابن عباس بإسناده في قوله تعالى (ولا تجعلوا الله
 عرضة لأيمانكم) « الرجل يحلف أن لا يصل قرابته ، وقد جعل الله له مخرجا في
 التكفير فأمره أن لا يعتل بالله فليكفر وليبر ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم
 « لأن يستأج أحدكم في يمينه آثم له عند الله من أن يؤدي الكفارة التي فرض
 الله عليه ، متفق عليه

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها
 فأتيت الذي هو خير وكفر عن يمينك ، وقال « إني والله لا أحلف على يمين فأرى
 غيرها خيرا منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتهما ، متفق عليهما ، وإن كان النهي
 عاد إلى اليمين فالنهي عنه الحلف — على ترك البر والتقوى والاصلاح بين الناس
 لا على كل يمين فلا حجة فيها لهم إذا .

(فصل) والأيمان تنقسم خمسة أقسام :

أحدها واجب ، وهي التي ينبغي بها إنسانا معصوما من ملكه ، كما روى عن
 سويد بن حنظلة قال « خرجنا نريد النبي صلى الله عليه وسلم ومعنا وائل بن حجر
 فأخذه عدو له فتخرج القوم أن يحلفوا وحلفت أنا أنه أخى ، فذكرت ذلك للنبي
 صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : صدقت ، المسلم أخو المسلم ،

رواه أبو داود والنسائي . فهذا ومثله واجب ، لأن انجاء المصوم واجب وقد تعين في اليمين فيجب وكذلك انجاء نفسه مثل أن تتوجه عليه أيمان القسامة في دعوى القتل عليه وهو برى .

الثاني : مندوب : وهو الحلف الذي تتعلق به مصلحة من إصلاح بين متخاصمين أو إزالة حقد من قلب مسلم عن الحالف أو غيره أو دفع شر فهذا مندوب لأن فعل هذه الأمور مندوب إليه واليمين مفضية إليه ، وإن حلف على فعل طاعة أو ترك معصية ففيه وجهان .

أحدهما : أنه مندوب إليه ، وهو قول بعض أصحابنا وأصحاب الشافعي ، لأن ذلك يدعو إلى فعل الطاعات وترك المعاصي .

والثاني : ليس بمندوب إليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يكونوا يفعلون ذلك في الأكثر الأغلب ولا حث النبي صلى الله عليه وسلم أحداً عليه ولا نذبه إليه ولو كان ذلك طاعة لم يخلوا به ولأن ذلك يجري مجرى النذر ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النذر وقال : أنه لا يأتي بخير وإنما يستخرج به من البخيل ، متفق عليه .

الثالث : المباح مثل الحلف على فعل مباح أو تركه والحلف على الخبر بشيء هو صادق فيه أو يظن أنه فيه صادق ، فإن الله تعالى قال (لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم) ومن صور اللغو أن يحلف على شيء يظنه كما حلف عليه ويبين بخلافه ، فأما الحلف على الحقوق عند الحاكم ففيه وجهان .

أحدهما : أن تركه أولى من فعله فيكون مكروهاً ذكر ذلك أصحابنا وأصحاب الشافعي لما روى أن عثمان والمقداد تحاكما إلى عمر في مال استقرضه المقداد فجعل عمر اليمين على المقداد فردّها على عثمان فقال عمر لقد أنصفك فأخذ عثمان ما أعطاه المقداد ولم يحلف ، فقال خفت أن يوافق قدر بلاء فيقال يمين عثمان ،

والثاني : أنه مباح فعله كتركه ، لأن الله تعالى أمر نبيه بالحلف على الحق في ثلاثة مواضع ، وروى محمد بن كعب القرظي أن عمر قال على المنبر وفي يده عصا : يا أيها الناس لا تمنعكم اليمين من حقوقكم فوالذي نفسي بيده إن في يدي لعصا .

وروى عمر بن شبة في كتاب فضاء البصرة بإسناده عن الشعبي ، أن عمر وأبيا
 تحاكما إلى زيد في نخل ادعاه أبي ، فتوجهت اليمين على عمر فقال زيد : لعف أمير
 المؤمنين ، فقال عمر ولم يعف أمير المؤمنين ؟ إن عرفت شيئا استحقفته بيمينى
 وإلا تركته ، والله الذى لا إله إلا هو أن النخل لنخل وما لأبى فيه حق فلما خرجا
 وهب النخل لأبى ، فقبل له يا أمير المؤمنين : هلا كان هذا قبل اليمين ؟ فقال
 خفت أن لا أحلف فلا يحلف الناس على حقوقهم بعدى فيكون سنة ، ولأنه
 حلف صدق على حق فأشبه الحلف عند غير الحاكم .

الرابع : المكروه وهو الحلف على فعل مكروه أو ترك مندوب ، قال الله تعالى
 (ولا تجعلوا الله عرضة لإيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس)
 وروى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه ، حلف لا ينفق على مسطح بعد
 الذى قال لعائشة ما قال ، وكان من جملة أهل الإفك الذين تكلموا فى عائشة
 رضى الله عنها فأنزل الله تعالى (ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولى
 القربى والمساكين والمهاجرين فى سبيل الله وليعفوا وليصفحوا)

وقيل المراد بقوله (ولا يأتل) أى لا يمتنع ، ولأن اليمين على ذلك مانعة من
 فعل الطاعة أو حاملة على فعل المكروه فتكون مكروهة

فإن قيل لو كانت مكروهة لانكر النبي صلى الله عليه وسلم على الأعرابي الذى
 سأله عن الصلوات فقال : هل على غيرها ؟ فقال لا إلا أن تطوع ، فقال
 والذى بعثك بالحق لا أزيد عليها ولا أنقص منها ، ولم ينكر عليه النبي صلى الله
 عليه وسلم بل قال : أفلح الرجل أن صدق ،

قلنا لا يلزم هذا فإن اليمين على تركها لا تزيد على تركها ولو تركها لم ينكر
 عليه ، ويكفى فى ذلك بيان أن ما تركه تطوع ، وقد بينه له النبي صلى الله عليه وسلم
 بقوله : إلا أن تطوع ، ولأن هذه اليمين أن تضمنت ترك المندوب فقد تناولت
 فعل الواجب والمحافظة عليه كله بحيث لا ينقص منه شيئا . وهذا فى الفضل يزيد
 على ما قبله من ترك التطوع فيترجع جانب الإثبات بها على تركها فيكون من قبيل
 المندوب فكيف ينكر ؟ ولأن فى الإقرار على هذه اليمين بيان حكم محتاج إليه وهو

بيان أن ترك التطوع غير مؤاخذ به فلو أنكر على الحالف - لحصل ضد هذا وتوهم كثير من الناس لحقوق الائم بتركه فيفوت الغرض ، ومن قسم المكروه الحلف - في البيع والشراء ، فان النبي (ص) قال والحلف منفق للسلعة بمحق للبركة ، رواه ابن ماجه القسم الخامس - المحرم وهو الحلف - الكاذب فان الله تعالى ذمه بقوله تعالى (ويحلفون على الكذب وهم يعلمون) ولان الكذب حرام ، فاذا كان محلوفا عليه كان أشد في التحريم ، وان أبطل به حقا أو اقتطع به مال معصوم كان أشد ، فانه روى عن النبي (ص) انه قال : من حلف يميناً فاجرة يقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان ، وأنزل الله عز وجل في ذلك (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكهم ولهم عذاب أليم) ومن هذا القسم الحلف - على فعل معصية أو ترك واجب فان المخاوف عليه حرام فكان الحلف حراما لانه وسيلة إليه والوسيلة تأخذ حكم المتوصل إليه .

(فصل) ومتى كانت اليمين على فعل واجب أو ترك محرم كان حلها محرما ، لان حلها بفعل المحرم وهو محرم ، وان كانت على فعل مندوب أو ترك مكروه حلها مكروه ، وان كانت على فعل مباح لحلها مباح ، فان قيل وكيف يكون حلها مباحا وقد قال الله تعالى (ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها) ؟ قلنا : هذا في الايمان في العمود والمواثيق بدليل قوله تعالى (وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها - إلى قوله - تتخذون ايمانكم دخلا بينكم ان تكون أمة هي أربى من أمة) والعهد يجب الوفاء به بغير يمين فمع ايمين أولى ، فان الله تعالى قال (وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم) وقال (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ولهذا نهى عن نقض اليمين ، والنهي يقتضى التحريم وذهمهم عليه وضرب لهم مثل التي نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا . ولا خلاف في ان الحل المختلف فيه لا يدخله شيء من هذا ، وان كانت على فعل مكروه أو ترك مندوب لحلها مندوب اليه فان النبي صلى الله عليه وسلم قال : اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : انى والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها - إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها ،

وان كانت اليمين على فعل محرم أو ترك واجب فحلفها واجب . لان حلفها بفعل الواجب وفعل الواجب واجب .

« مسأله ، قال (ومن حلف أن يفعل شيئاً فلم يفعله أو لا يفعل شيئاً ففعله فعليه الكفارة) .

لا خلاف في هذا عند فقهاء الامصار . قال ابن عبد البر : اليمين التي فيها الكفارة بإجماع المسلمين هي التي على المستقبل من الافعال . وذهبت طائفة الى أن الحنث متى كان طاعة لم يوجب كفارة ، وقال قوم : من حلف على فعل معصية فكفارته تركها ، وقال سعيد بن جبير اللغوي أن يحلف الرجل فيما لا ينبغي له ، يعني فلا كفارة عليه في الحنث .

وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا في معصية الله تعالى ولا في قطيعة رحم ، ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليدعها وليأت الذي هو خير فان تركها كفارة ، رواه أبو داود . ولان الكفارة إنما تجب لرفع الائم ولا اثم في الطاعة . ولان اليمين كالنذر ولا نذر في معصية الله تعالى .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه » ، وقال « اني والله ان شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها الا أتيت الذي هو خير وكفرت عن يميني » أخرجه البخاري . وحديثهم لا يعارض حديثنا لأن حديثنا أصح منه وأثبت . ثم انه يحتمل أن تركها كفارة لائم الحلف ، والكفارة المختلف فيها كفارة المخالفة . وقولهم ان الحنث طاعة ، قلنا فاليمين غير طاعة فتلزمه الكفارة بالمخالفة ولتعظيم اسم الله تعالى اذا حلف به ولم يبر يمينه .

اذا ثبت هذا نظرنا في يمينه فان كانت على ترك شيء ففعله حنث . ووجب الكفارة ، وان كانت على فعل شيء فلم يفعله ، وكانت يمينه مؤقتة بلفظه أو نيته أو قرينة حاله ففات الوقت حنث وكفر . فان كانت مطلقه لم يحنث الا بفوات

وقت الامكان . لانه ما دام في الوقت والفعل ممكن فيحتمل أن يفعل فلا يحنت ولهذا قال عمر للنبي صلى الله عليه وسلم ، ألم نخبرنا أنا نأتى البيت ونطوف به ؟ قال : فأخبرت بك أنك تأتية العام ؟ قال : لا . قال : فإنك آتية ومطوف به ، وقد قال الله تعالى (قل بلى وربى لتبعثن) وهو حق ولم يأت بعد .

مسألة ، قال (وان فعله ناسياً فلا شيء عليه إذا كانت اليمين بغير الطلاق والعناق)

وجملة ذلك : أن من حلف أن لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً فلا كفارة عليه نقله عن أحمد الجماعة إلا في الطلاق والعناق فإنه يحنت ، هذا ظاهر المذهب واختاره المحلل وصاحبه ، وهو قول أبي عبيد .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه لا يحنت في الطلاق والعناق أيضاً ، وهذا قول عطاء وعمر وبن دينار وابن أبي نجيح وإسحاق قالوا لا حنت على الناسى في طلاق ولا غيره وهو ظاهر مذهب الشافعى لقوله تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم ، ان الله تجاوز لآمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولأنه غير قاصد للخالفه فلم يحنت كالنائم والمجنون ، ولأنه أحد طرفى اليمين فاعتبر فيه القصد كحالة الابتداء بها .

وعن أحمد رواية أخرى . أنه يحنت فى الجميع وتلزمه الكفارة فى اليمين المكفرة وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهرى وقتادة وربيعة ومالك وأصحاب الرأى والقول الثانى للشافعى ، لانه فعل ما حلف عليه قاصداً لفعله فلزمه الحنت كالذاكر وكما لو كانت اليمين بالطلاق والعناق .

وانا على أن الكفارة لا تجب فى اليمين المكفرة : ما تقدم ، ولانها توجب لرفع الائم ، ولا إثم على الناسى . وأما الطلاق والعناق : فهو معلق بشرط فيقع بوجود شرطه من غير قصد ، كما لو قال : أنت طالق إن طلعت الشمس أو قدم الحاج .

(فصل) وان فعله غير عالم بالمحلوف عليه كرجل حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه يحسبه أجنبياً أو حلف أنه لا يفارق غريمه حتى يستوفى حقه فأعطاه قدر

حقه فقارقه ظنا منه أنه قد بر فوجد ما أخذه رديثا ، أو حلف لا بعت لزيد ثوبا فوكل زيد من يدفعه الى من يبيعه فدفعه الى الخالف فباعه من غير علمه فهو كالناسي لانه غير قاصد المخالفة أشبه الناسي .

(فصل) والمكره على الفعل ينقسم قسمين .

أحدهما أن يلجأ اليه مثل من يحلف لا يدخل دارا لحمل فادخلها أو لا يخرج منها فأخرج محمولا أو مدفوعا بغير اختياره ولم يمكنه الامتناع ، فهذا لا يحنث في قول أكثرهم ، وبه قال أصحاب الرأي ، وقال مالك : ان دخل مربوطا لم يحنث وذلك لانه لم يفعل الدخول والخروج فلم يحنث كما لو لم يوجد ذلك .

الثاني : أن يكره بالضرب والتهديد بالقتل ونحوه فقال أبو الخطاب : فيه روايتان كالناسي وللشافعي قولان ، وقال مالك وأبو حنيفة : يحنث لان الكفارة لا تسقط بالشبهة فوجب مع الاكراه والنسيان ككفارة الصيد .

والثاني : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « عني لا تمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه نوع إكراه فلم يحنث به كما لو حمل ولم يمكنه الامتناع ولان الفعل لا ينسب اليه فأشبه من لم يفعله ولا نسلم الكفارة في الصيد بل إنما تجب على المكره والله أعلم .

« مسألة » قال (ومن حلف على شيء وهو يعلم أنه كاذب فلا كفارة عليه لان الذي أتى به أعظم من أن تكون فيه الكفارة)

هذا ظاهر المذهب نقله الجماعة عن أحمد ، وهو قول أكثر أهل العلم منهم : ابن مسعود وسعيد بن المسيب والحسن ومالك والاوزاعي والثوري والليث وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي من أهل السكوفة وهذه اليمين تسمى بيمين الغموس لانها تغمس صاحبها في الانم .

قال ابن مسعود : « كنا نعد من اليمين التي لا كفارة لها : اليمين الغموس » وعن سعيد بن المسيب قال : هي من الكبائر وهي أعظم من أن تكفر ؛ وروى عن أحمد أن فيها الكفارة ، وروى ذلك عن عطاء والزهرى والحكم والبتى وهو قول الشافعي لانه وجدت منه اليمين بالله تعالى والمخالفة مع القصد فزمت الكفارة كالمستقبله

ولنا أنها يمين غير منعقدة فلا توجب الكفارة كاللغو أو يمين على ماض فاشبهت اللغو وبيان كونها غير منعقدة أنها لا توجب برأ ولا يمكن فيها ولأنه قارنها ما ينافيها وهو الحنث فلم تنعقد كالنكاح الذي قارنه الرضاع ولأن الكفارة لا ترفع إنهما فلا تشرع فيها ودليل ذلك أنها كبيرة فإنه يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من الكبائر الإشراف بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس ، رواه البخاري .

وروى فيه : خمس من الكبائر لا كفارة لها : الإشراف بالله ، والفرار من الزحف ، وبهت المؤمن ، وقتل المسلم بغير حق ، والحلف على يمين فاجرة يقطع بها مال امرئ مسلم ، ولا يصح القياس على المستقبل لأنها يمين منعقدة يمكن حلها والبر فيها وهذه غير منعقدة فلا حل لها ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير ، يدل على أن الكفارة إنما تجب بالحلف على فعل يفعله فيما يستقبله . قاله ابن المنذر .

مسألة ، قال (والكفارة إنما تلزم من حلف يريد عقد اليمين)

وجملته . أن اليمين التي تمر على لسانه في عرض حديثه من غير قصد إليها لا كفارة فيها في قول أكثر أهل العلم لأنها من لغو اليمين ، نقل عبد الله عن أبيه أنه قال : اللغو عندي أن يحلف على اليمين يرى أنها كذلك والرجل يحلف فلا يعقد قلبه على شيء .

وعن قال إن اللغو اليمين التي لا يعقد عليها قلبه : عمر وعائشة رضي الله عنهما وبه قال عطاء والقاسم وعكرمة والشعبي والشافعي ، لما روى عن عطاء قال : قالت عائشة إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يعني اللغو في اليمين : هو كلام الرجل في بيته : لا والله وبلى والله ، أخرجه أبو داود ، قال ورواه الزهري وعبد الملك ابن أبي سليمان ومالك بن مغول عن عطاء عن عائشة موقوفا .

وروى الزهري أن عروة حدثه عن عائشة قالت : أيمان اللغو ما كان في المراء والهزل والمزاحة والحديث الذي لا يعقد عليه القلب ، وأيمان الكفارة كل يمين حلف عليها على وجه من الأمور في غضب أو غيرة ليفعلن أو ليعتركن فذلك

عقد الايمان التي فرض الله تعالى فيها الكفارة ، ولأن اللغو في كلام العرب الكلام غير المعقود عليه وهذا كذلك ، ومن قال لا كفارة في هذا : ابن عباس وأبو هريرة وأبو مالك وزرارة بن أوفى والحسن والنخعي ومالك ، وهو قول من قال : إنه من لغو اليمين ولا نعلم في هذا خلافا .

ووجه ذلك قول الله تعالى (لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته إطعام عشرة مساكين) لجعل الكفارة لليمين التي يؤخذ بها ونفي المؤاخذة باللغو فيلزم انتفاء الكفارة ، ولأن المؤاخذة يحتمل أن يكون معناها إيجاب الكفارة بدليل أنها تجب في الايمان التي لا مآثم فيها وإذا كانت المؤاخذة لإيجاب الكفارة فقد نقاها في اللغو فلا تجب ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم فكان إجماعا ، ولأن قول عائشة في تفسير اللغو ويان الايمان التي فيها الكفارة خرج منها تفسيراً لكلام الله تعالى وتفسير الصحابي مقبول .

« مسألة ، قال (ومن حلف على شيء يظنه كما حلف فلم يكن فلا كفارة عليه لأنه من لغو اليمين)

أكثر أهل العلم على أن هذه اليمين لا كفارة فيها ، قاله ابن المنذر يروى هذا عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي مالك وزرارة بن أوفى والحسن والنخعي ومالك وأبي حنيفة والثوري ، ومن قال هذا لغو اليمين مجاهد وسليمان بن يسار والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأكثر أهل العلم على أن لغو اليمين لا كفارة فيه .

وقال ابن عبد البر : أجمع المسلمون على هذا ، وقد حكى عن النخعي في اليمين على شيء يظنه حقا فيتبين بخلافه أنه من لغو اليمين وفيه الكفارة وهو أحد قولي الشافعي ، وروى عن أحمد أن فيه الكفارة وليس من لغو اليمين لأن اليمين بالله تعالى وجدت مع المخالفة فأوجبت الكفارة كاليمين على مستقبل .

ولنا قول الله تعالى (لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم) وهذه منه ، ولأنها يمين غير منعقدة فلم تجب فيها كفارة كيمين الغموس ولأنه غير مقصود للمخالفة

فأشبه ما لو حدث ناسيا ، وفي الجملة لا كفارة في يمين على ماض لأنها تنقسم ثلاثة أقسام : ما هو صادق فيه فلا كفارة فيه إجماعا ، وما تعتمد الكذب فيه فهو يمين الغموس لا كفارة فيها لأنها أعظم من أن تكون فيها كفارة ، وما ينطنه حقا فيتبين بخلافه فلا كفارة فيه لأنه من لغو اليمين .

فأما اليمين على المستقبل فما عقد عليه قلبه وقصد اليمين عليه ثم خالف فعليه الكفارة وما لم يعقد عليه قلبه ولم يقصد اليمين عليه وإنما جرت على لسانه فهو من لغو اليمين وكلام عائشة يدل على هذا فإنها قالت أيمان اللغو ما كان في المراء والمزاحة والهزل ، والحديث الذي لا يعقد عليه القلب ، وأيمان الكفارة كل يمين حلف عليها على وجه من الأمر في غضب أو غيره ليفعلن أو ليتركن فذلك عقد الأيمان التي فرض الله فيها الكفارة .

وقال الثوري في جامعه : الأيمان أربعة يمينات يكفران وهو أن يقول الرجل والله لا أفعل فيفعل أو يقول والله لا أفعلن ثم لا يفعل ويمينان لا يكفران أن يقول والله ما فعلت وقد فعل أو يقول والله لقد فعلت وما فعل

مسألة ، قال (واليمين المكفرة أن يحلف بالله عز وجل أو باسم من أسمائه)

أجمع أهل العلم على أن من حلف بالله عز وجل فقال والله أو بالله أو تالله فحنت أن عليه الكفارة

قال ابن المنذر : وكان مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي يقولون من حلف باسم من أسماء الله تعالى فحنت أن عليه الكفارة ولا نعلم في هذا خلافا إذا كان من أسماء الله عز وجل التي لا يسمى بها سواه وأسماء الله تنقسم ثلاثة أقسام :

أحدها ما لا يسمى بها غيره نحو قوله والله والرحمن ، والاول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء ورب العالمين ومالك يوم الدين ورب السموات والارض والحي الذي لا يموت ونحو هذا فالحلف بهذا يمين بكل حال .

والثاني ما يسمى به غير الله تعالى مجازا وإطلاقه ينصرف إلى الله تعالى مثل : الخالق والرازق والرب والرحيم والقادر والقاهر والملك والجبار ونحوه فهذا يسمى به

غير الله مجازاً بدليل قول الله تعالى (وتخلقون إفكا وتذرون أحسن الخالقين ^(١)) وقوله (ارجع الى ربك - واذكرني عند ربك - فأنساه الشيطان ذكر ربه) وقال (فارزقوهم منه) وقال (بالمؤمنين رءوف رحيم . فهذا إن نوى به اسم الله تعالى أو أطلق كان يميناً لأنه بإطلاقه ينصرف إليه ، وإن نوى به غير الله لم يكن يميناً لأنه يستعمل في غيره فينصرف بالنية إلى ما نواه ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال طلحة العاقولي : إذا قال الرب والخالق والرازق كان يميناً على كل حال كالأول لأنها لا تستعمل مع التعريف - بلام التعريف - إلا في اسمه تعالى فأشبهت القسم الأول .

الثالث : ما يسمى به الله تعالى وغيره ولا ينصرف إليه بإطلاقه كالحى والعالم والموجود والمؤمن والكريم والشاكر ، فهذا إن قصد به اليمين باسم الله تعالى كان يميناً ، وإن أطلق أو قصد غير الله تعالى لم يكن يميناً فيختلف هذا القسم والذي قبله في حالة الإطلاق ففي الأول يكون يميناً وفي الثانى لا يكون يميناً .

وقال القاضى والشافعى : في هذا القسم لا يكون يميناً وإن قصد به اسم الله تعالى لأن اليمين إنما تنعقد لحرمة الاسم فمع الاشتراك لا تكون له حرمة والنية المجردة لا تنعقد بها اليمين .

ولنا أنه أقسم باسم الله تعالى قاصداً به الحلف به فكان يميناً مكفرة كالقسم الذى قبله ، وقولهم إن النية المجردة لا تنعقد بها اليمين نقول به وما انعقد بالنية المجردة إنما انعقد بالاسم المحتمل المراد به اسم الله تعالى ، فإن النية تصرف اللفظ المحتمل الى أحد احتمالاته فيصير كالمصرح به كالكنائيات وغيرها ، ولهذا لو نوى بالقسم الذى قبله غير الله تعالى لم يكن يميناً لنيته .

(فصل) والقسم بصفات الله تعالى كالقسم بأسمائه وصفاته ، تنقسم أيضاً ثلاثة أقسام :

(١) كذا بالأصل وصواب الآية من سورة العنكبوت (إنما تعبدون من دون الله آوثاناً وتخلقون إفكا) وفي سورة الصافات (أندعون بعلاً وتذرون أحسن الخالقين ؟)

أحدها : ما هو صفات لذات الله تعالى لا يحتمل غيرها كعزة الله تعالى وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فهذه تنعقد بها اليمين في قولهم جميعاً ، وبه يقول الشافعي وأصحاب الرأي لأن هذه من صفات ذاته لم يزل موصوفاً بها وقد ورد الاثر بالقسم ببعضها فروى أن النار تقول : قط قط وعزتك ، رواه البخاري . والذي يخرج من النار يقول : وعزتك لا أسألك غيرها ، وفي كتاب الله تعالى (فبعزتك لا تخونهم أجمعين)

الثاني : ما هو صفة للذات ويعبر به عن غيرها مجازاً كعلم الله وقدرته ، فهذه صفة للذات لم يزل موصوفاً بها . وقد تستعمل في المعلوم والمقدور اتساعاً ، كقولهم : اللهم اغفر لنا علك فينا ، ويقال اللهم قد أريتنا قدرتك فأرنا عفوكم ، ويقال انظر الى قدرة الله أي مقدوره فتى أقسم بهذا كان يمينا ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : اذا قال وعلم الله لا يكون يمينا لأنه يحتمل المعلوم . ولنا أن العلم من صفات الله تعالى فكانت اليمين به يمينا موجبة للكفارة ، كالعظمة والعزة والقدرة ، وينتقض ما ذكروه بالقدرة فإنهم قد سلموها وهي قرينتها ، فأما ان نوى القسم بالمعلوم والمقدور احتمل أن لا يكون يمينا ؛ وهو قول أصحاب الشافعي لأنه نوى بالاسم غير صفة الله مع احتمال اللفظ ما نواه ، فأشبه ما لو نوى القسم بحلوف في الأسماء التي يسمى بها غير الله تعالى . وقد روى عن أحمد أن ذلك يكون يمينا بكل حال ولا تقبل منه نية غير صفة الله تعالى وهو قول أبي حنيفة في القدرة لأن ذلك موضوع للصفة فلا يقبل منه نية غير الصفة كالعظمة ، وقد ذكر طلحة العاقولي في أسماء الله تعالى المعرفة بلام التعريف كالحالق والرازق أنها تكون يمينا بكل حال لأنها لا تنصرف الا الى اسم الله ، كذا هذا (والثالث) ما لا ينصرف بإطلاقه الى صفة الله تعالى لكن ينصرف بإضافته الى الله سبحانه لفظاً أو نية كالعهد والميثاق والامانة ونحوه ، فهذا لا يكون يمينا مكفرة الا بإضافته أو نيته ، وسند ذكر ذلك فيما بعد ان شا. الله تعالى

(فصل) وان قال وحق الله فهي يمين مكفرة ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا كفارة لها لان حق الله طاعته ومفروضاته وليست صفة له ولنا أن الله حقوفاً يستحقها لنفسه من البقاء والعظمة والجلال والعزة . وقد

أقرن عرف الاستعمال بالحلف بهذه الصفة فتصرف إلى صفة الله تعالى كقوله
وقدرة الله . وإن نوى بذلك القسم بمخلوق فالقول فيه كالقول في الحلف بالعلم
والقدرة إلا أن احتمال المخلوق بهذا اللفظ أظهر

(فصل وإن قال لعمر الله فهي يمين موجبة للكفارة ، وبه قال أبو حنيفة
وقال الشافعي : إن قصد اليمين فهي يمين وإلا فلا ، وهو اختيار أبي بكر لأنها إنما
تكون يمينا بتقدير خير محذوف فكأنه قال : لعمر الله ما أقسم به فيكون مجازاً
والمجاز لا ينصرف إليه الاطلاق

ولنا أنه أقسم بصفة من صفات ذات الله فكان يمينا موجبا للكفارة كالحلف
ببقاء الله تعالى ، فإن معنى ذلك الحلف ببقاء الله تعالى وحياته ، ويقال العمر
والعمر واحد ، وقيل معناه وحق الله . وقد ثبت له عرف الشرع والاستعمال ، قال
الله تعالى (لعمر ك إنهم لفي سكرتهم يعمهون)

قال النابغة :

فلا لعمر الذي قد زرتة حبيبا وما أريق على الأنصاب من جسد
وقال آخر :

إذا رضيت كرام بني قشير لعمر الله أعجبنى رضاها
وقال آخر :

ولكن لعمر الله ما ظل مسلما كفر الثايبا واضحات الملاغم
وهذا في الشعر والكلام كثير . وأما احتياجه إلى التقدير فلا يصح فإن اللفظ
إذا اشتهر في العرف صار من الأسماء العرفية يجب حمله عليه عند الإطلاق دون
موضوعه الأصلي على ما عرف من سائر الأسماء العرفية ومتى احتاج اللفظ إلى
التقدير وجب التقدير له ولم يجز اطراحه ، ولهذا يفهم مراد المتكلم به من غير
اطلاع على نية قائله وقصده كما يفهم أن مراد المتكلم بهذا من المتقدمين القسم ويفهم
من القسم بغير حرف القسم في أشعارهم القسم في مثل قوله

فقلت يمين الله أبرح قاعدا

ويفهم من القسم الذي حذف في جوابه حرف لا ، أنه مقدر مراد ، كهذا

البيت ، ويفهم من قول الله تعالى (واسأل القرية) (وأشربوا في قلوبهم العجل)
التقدير فكذا هنا ، وإن قال عمر ك الله كما في قوله

أيها المنكح الثريا سهيلا عمر ك الله ، كيف يلتقيان ؟

فقد قيل هو مثل قوله نشدتك الله ولهذا ينصب اسم الله تعالى فيه . وإن قال
لعمرى أو لعمر ك أو عمر ك فليس يمين في قول أكثرهم ، وقال الحسن في قوله
لعمرى عليه الكفارة

ولنا أنه أقسم بحياة مخلوق فلم تلزمه كفارة كما لو قال وحياتي ، وذلك لأن هذا
اللفظ يكون قسما بحياة الذى أضيف إليه العمر ، فإن التقدير لعمر ك قسمى أو
ما أقسم به والعمر الحياة أو البقاء

(فصل) وإن قال وايم الله أو وايمين الله فهم يمين موجبة للكفارة والخلاف
فيه كالذى ذكرنا في الفصل الذى قبله ؛ وقد كان النبی صلى الله عليه وسلم يقسم به
وانضم إليه عرف الاستعمال فوجب أن يصرف إليه واختلف في اشتقاقه فقيل :
هو جمع يمين وحذفت النون فيه في البعض تخفيفا لكثرة الاستعمال . وقبل هو
من اليمين فكأنه قال ويمين الله لأفعلن ، وألفه ألف وصل

(فصل)

وحروف القسم ثلاثة ، الباء وهى الاصل وتدخل على المظهر والمضمر جميعا ،
والواو ، وهى بدل من الباء تدخل على المظهر دون المضمر لذلك ، وهى أكثر
استعمالا ، وبها جاءت أكثر الاقسام في الكتاب والسنة ، وانما كانت الباء الاصل
لأنها الحرف الذى تصل به الأفعال القاصرة عن التعدى إلى مفعولاتها ؛ والتقدير
في القسم أقسم بالله ، كما قال الله تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) والتاء بدل
من الواو وتختص باسم واحد من أسماء الله تعالى وهو الله ، ولا تدخل على غيره
فيقال تالله ، ولو قال تالرحمن ، أو تالرحيم لم يكن قسما ، فإذا أقسم بأحد هذه
الحروف الثلاثة في موضعه كان قسما صحيحا لأنه موضوع له ، وقد جاء في كتاب
الله تعالى وكلام العرب ، قال الله تعالى (تالله لتسآن عما كنتم تفترون)
(تالله لقد آثر ك الله علينا) (تالله تفتو تذكر يوسف —) (تالله لقد علمتم وتالله
لا كيدن أصنامكم)

قال الشاعر :

تالله يبقى على الايام ذو حيد بمشمخر به الضبيان والاس
فإن قال ما أردت به القسم لم يقبل منه لأنه أتى باللفظ الصريح في القسم
واقترنت به قرينة دالة عليه ، وهو الجواب بجواب القسم ويحتمل أن يقبل منه في
قوله تالله لا قوم من إذا قال أردت أن قيامي بمعونة الله وفضله لأنه فسر كلامه بما
يحتمله ولا يقبل في الحرفين الآخرين لعدم الاحتمال ، ويحتمل أن لا يقبل بحال
لأنه أجاب بجواب القسم فيمنع صرفه الى غيره

فصل

وان أقسم بغير حرف القسم فقال : الله لا قوم من بالجر أو النصب كان يمينا،
وقال الشافعي لا يكون يمينا الا أن ينوي لأن ذكر اسم الله تعالى بغير حرف
القسم ليس بصريح في القسم فلا ينصرف اليه الا بالنية

ولنا أنه سائغ في العربية وقد ورد به عرف الاستعمال في الشرع ، فروى أن
عبد الله بن مسعود أخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه قتل أبا جهل فقال : الله أنك
قتلته ؟ قال الله أني قتلته ، ذكره البخاري وقال لركانه بن عبد يزيد : الله ما أردت
الا واحدة ، قال الله ما أردت الا واحدة ، وقال امرؤ القيس

فقلت يمين الله أبرح قاعداً

وقال أيضا فقالت يمين الله ما لك حيلة

وقد اقترنت به قرينتان تدلان عليه ، احدهما الجواب بجواب القسم .
والثاني النصب والجر في اسم الله تعالى فوجب أن تكون يمينا ، كما لو قال والله ،
وان قال الله لا فعلان بالرفع ونوى اليمين فهي يمين لكنه قد لحن ، فهو كما لو قال
والله بالرفع وان لم ينو اليمين ، فقال أبو الخطاب يكون يمينا لان قرينة الجواب
بجواب القسم كافية والعامي لا يعرف الاعراب فيأتي به الا أن يكون من أهل
العربية فإن عدوله عن اعراب القسم دليل على أنه لم يردده ، ويحتمل أن لا يكون
قسما في حق العامي لأنه ليس بقسم في حق أهل العربية فلم يكن قسما في غيرهم كما
لو لم يجبه بجواب القسم .

(فصل) ويجاب القسم بأربعة أحرف ، حرفان للنفي هما ، ما ولا ، وحرفان

الاثبات وهما ان واللام المفتوحة وتقوم ان المكسورة مقام ما النافية ، مثل قوله (وليحلفن ان اردنا الا الحسنى - وإن قال والله أفعل بغير حرف فالمحذوف ههنا لا وتكون يمينه على النقي لأن موضعه في العربية كذلك ، قال الله تعالى (تالله تفتؤ تذكر يوسف) أى لا تفتؤ وقال الشاعر : تالله يبقى على الأيام ذو حيد . وقال آخر . فقلت يمين الله أبرح قاعداً . أى لا أبرح

(فصل) فإن قال لاها لله ونوى اليمين فهو يمين لما روى د أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال فى سلب قتيل أبى قتادة لاها لله إذا تعد الى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: صدق، وإن لم ينو اليمين فالظاهر أنه لا يكون يميناً لأنه لم يقترن به عرف ولا نية ولا فى جوابه حرف يدل على القسم ، وهذا مذهب الشافعى رضى الله عنه .

« مسأله ، قال (أو بآية من القرآن)

وجملته أن الحلف بالقرآن أو بآية منه أو بكلام الله يمين منعقدة تجب الكفارة بالحنث فيها ، وبهذا قال ابن مسعود والحسن وقتادة ومالك والشافعى وأبو عبيد وعامة أهل العلم ، وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس يمين ولا تجب به كفارة . فمنهم من زعم أنه مخلوق ومنهم من قال لا يعهد اليمين به .

ولنا أن القرآن كلام الله وصفة من صفات ذاته فتعقد اليمين به ، كما لو قال وجلال الله وعظمته ، وقولهم هو مخلوق ، قلنا هذا كلام المعتزلة وإنما الخلاف مع الفقهاء ، وقد روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « القرآن كلام الله غير مخلوق » ، وقال ابن عباس فى قوله تعالى (قرآنا عربيا غير ذى عوج) أى غير مخلوق : وأما قولهم لا يعهد اليمين به فيلزمهم قولهم وكبرياء الله وعظمته وجلاله اذا ثبت هذا فان الحلف بآية منه كالحلف بجميعه لانها من كلام الله تعالى

(فصل) وان حلف بالمصحف انعقدت يمينه ، وكان قتادة يحلف بالمصحف ولم يكره ذلك امامنا واسحاق ، لان الحالف بالمصحف انما قصد الحلف بالكتب فيه وهو القرآن فإنه بين دفتى المصحف بإجماع المسلمين .

« مسأله ، قال (أو تصدق بملكه أو بالحج)

وجملته أنه إذا أخرج النذر مخرج اليمين ، بأن يمنع نفسه أو غيره به شيئاً أو يحث به على شيء ، مثل أن يقول : ان كلبت زيدا فله على الحج أو صدقة مالى أو صوم سنة ، فهذا يمين حكمه أنه مخير بين الوفاء بما حلف عليه فلا يلزمه شيء ، وبين أن يحث فيتخير بين فعل المنذور وبين كفارة يمين ويسمى نذر اللجاج والغضب ولا يتعين عليه الوفاء به ؛ وإنما يلزم نذر التبرر وسنذكره فى بابهِ ، وهذا قول عمر وابن عباس وابن عمر وعائشة وحفصة وزينب بنت أبي سلمة وبه قال عطاء وطاوس وعكرمة والقاسم والحسن وجابر بن زيد والنخعي وقتادة وعبد الله بن شريك والشافعي والعمري واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر .

وقال سعيد بن المسيب : لا شيء فى الحلف بالحج وعن الشعبي والحارث العكلي وحامد والحكم لا شيء فى الحلف بصدقة ماله لان الكفارة إنما تلزم بالحلف بالله تعالى لحرمة الاسم وهذا ما حلف باسم الله ولا يجب ما سماه لانه لم يخرج مخرج القرية وإنما التزمه على طريق العقوبة فلم يلزمه .

وقال أبو حنيفة ومالك : يلزمه الوفاء بنذره لانه نذر فيلزمه الوفاء به كنذر التبرر ، وروى نحو ذلك عن الشعبي .

ولنا ما روى عمران بن حصين قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا نذر فى غضب وكفارته كفارة يمين » رواه سعيد بن منصور والجوزجاني فى المترجم ، وعن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من حلف بالمشى أو الهدى أو جعل ماله فى سبيل الله أو فى المساكين أو فى رتاج الكعبة فكفارته كفارة اليمين » ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا يخاف لهم فى عصرهم ولانه يمين فيدخل فى عموم قوله تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين) ودليل أنه يمين أنه يسمى بذلك ويسمى قائله حالفاً ، وفارق نذر التبرر لكونه قصد به التقرب الى الله تعالى والبر ولم يخرج مخرج اليمين ، وهما خرج مخرج اليمين ولم يقصد به قرينة ولا برأ فأشبه اليمين من وجه والنذر من وجه مخير بين الوفاء به وبين الكفارة .

وعن أحمد رواية ثانية أنه تتعين الكفارة ولا يجزئ الوفاء بنذره ، وهو قول لبعض أصحاب الشافعي لانه يمين ، والاول أولى لانه إنما التزم فعل ما نذره

فلا يلزمه أكثر منه كذبر التبرر ، وفارق اليمين بالله تعالى لأنه أقسم بالاسم المحترم فإذا خالف لزمته الكفارة تعظيما للاسم بخلاف هذا .

مسألة ، قال (أو بالعهد)

وجملته : أنه إذا حلف بالعهد أو قال وعهد الله وكفالاته فذلك يمين يجب تكفيرها إذا حنث فيها ، وبهذا قال الحسن وطاوس والشعبي والحارث العكلي وقتادة والحكم والأوزاعي ومالك . وحلفت عائشة رضي الله عنها بالعهد أن لا تكلم ابن الزبير فلما كلمته أعتقت أربعين رقبة وكانت إذا ذكرته تبكي وتقول : واعهداه ، قال أحمد العهد شديد في عشرة مواضع من كتاب الله (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مستولاً) ويتقرب إلى الله تعالى إذا حلف بالعهد وحنث ما استطاع وعائشة أعتقت أربعين رقبة ثم تبكى حتى تبل خمارها وتقول : واعهداه .

وقال عطاء وأبو عبيد وابن المنذر لا يكون يميناً إلا أن ينوى ، وقال الشافعي لا يكون يميناً إلا أن ينوى اليمين بعهد الله الذي هو صفته ، وقال أبو حنيفة : ليس بيمين ، ولعلمهم ذهبوا إلى أن العهد من صفات الفعل فلا يكون الحلف به يميناً كما لو قال : وخلق الله وقد وافقنا أبو حنيفة في أنه إذا قال على عهد الله وميثاقه لأفعلن ثم حنث أنه يلزمه الكفارة .

ولنا أن عهد الله يحتمل كلامه الذي أمرنا به ونهانا كقوله تعالى (ألم أعهد إليكم يا بني آدم) وكلامه قديم صفة له ، ويحتمل أنه استحقاقه لما تعبدنا به ، وقد ثبت له عرف الاستعمال فيجب أن يكون يميناً باطلاً كما لو قال وكلام الله .

إذا ثبت هذا : فإنه إن قال على عهد الله وميثاقه لأفعلن أو قال وعهد الله وميثاقه لأفعلن فهو يمين ، وإن قال والعهد والميثاق لأفعلن ونوى عهد الله كان يميناً لأنه نوى الحلف بصفة من صفات الله تعالى ، وإن أطلق فقال القاضي فيه روايتان . إحداهما : يكون يميناً لأن لام التعريف إن كانت للعهد يجب أن تنصرف إلى عهد الله لأنه الذي عهدت اليمين به ، وإن كانت للاستغراق دخل فيه ذلك . والثانية : لا يكون يميناً لأنه يحتمل غير ما وجبت به الكفارة ولم يصرفه إلى ذلك بنيتة فلا تجب الكفارة لأن الأصل عدمها .

« مسألة ، قال (أو بالخروج من الإسلام)

اختلفت الرواية عن أحمد في الحلف بالخروج من الإسلام مثل أن يقول : هو يهودي أو نصراني أو مجوسي إن فعل كذا أو هو بريء من الإسلام أو من رسول الله أو من القرآن أن فعل أو يقول . هو يعبد الصليب أو يعبدك أو يعبد غير الله تعالى أن فعل أو نحو هذا فعن أحمد عليه الكفارة إذا حنث ، يروي هذا عن عطاء وطاوس والحسن والشعبي والثوري والأوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي . ويروي ذلك عن زيد بن ثابت رضي الله عنه

والرواية الثانية : لا كفارة عليه وهو قول مالك والشافعي والليث وأبي ثور وابن المنذر لأنه لم يحلف باسم الله ولا صغته فلم تلزمه كفارة كما لو قال عصيت الله تعالى فيما أمرني ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في الرواية الأولى على الندب دون الإيجاب لأنه قال في رواية حنبل إذا قال : أ كفر بالله أو أشرك بالله فأحب إلى أن يكفر كفارة يمين إذا حنث .

وروجه الرواية الأولى ما روى عن الزهري عن خارجة بن زيد عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الرجل يقول . هو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو بريء من الإسلام في اليمين يحلف بها فيحنث في هذه الأشياء فقال . عليه كفارة يمين ، أخرجه أبو بكر ، لأن البراءة من هذه الأشياء توجب الكفر بالله فكان الحلف بها يمينا كالحلف بالله تعالى .

والرواية الثانية . اصح أن شاء الله تعالى فإن الوجوب من الشارع ولم يرد في هذه اليمين نص ولا هي في قياس المنصوص فإن الكفارة إنما وجبت في الحلف باسم الله تعظيها لاسمه وظهاراً لشرفه وعظمته ، ولا تتحقق التسوية .

(فصل) وإن قال هو يستحل الخمر والزنا أن فعل ثم حنث أو قال هو يستحل ترك الصلاة أو الصيام أو الزكاة فهو كالحلف بالبراءة من الإسلام لأن استحلال ذلك يوجب الكفر ، وإن قال . عصيت الله فيما أمرني أو في كل ما افترض علي أو محوت المصحف أو أنا أسرق أو أقتل النفس التي حرم الله أن فعلت وحنث لم تلزمه كفارة لأن هذا دون الشرك .

وإن قال : أخزاه الله أو قطع يده أو لعنه الله إن فعل ثم حنث فلا كفارة عليه نص عليه أحمد ، وبهذا قال عطاء والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال طاوس والليث عليه كفارة ، وبه قال الأوزاعي : إذا قال عليه لعنه الله .

ولنا أن هذا لا يوجب الكفر فأشبه ما لو قال محوت المصحف ، وإن قال لا يراني الله في موضع كذا إن فعلت وحنث ، فقال القاضي : عليه كفارة وذكر أن أحمد نص عليه ، والصحيح أن هذا لا كفارة فيه لأن إيجابها في هذا ومثله تحكم بغير نص ولا قياس صحيح

(فصل) ولا يجوز الحلف بالبراءة من الاسلام لقول النبي صلى الله عليه وسلم د من قال إني بريء من الاسلام فإن كان كاذبا فهو كما قال ، وإن كان صادقا لم يعد الى الإسلام سالما ، رواه أبو داود .

د مسألة ، قال (أو بتحريم مملوكة أو شيء من ماله)

وجملته : أنه إذا قال هذا حرام على إن فعلت وفعل أو قال ما أحل الله على حرام إن فعلت ثم فعل فهو مخير إن شاء ترك ما حرمه على نفسه وإن شاء كفر وإن قال هذا الطعام حرام على فهو كالحلف — على تركه ويروى نحو هذا عن ابن مسعود والحسن وجابر بن زيد وقتادة وإسحاق وأهل العراق .

وقال سعيد بن جبير فيمن قال الحل على حرام يمين من الأيمان يكفرها ، وقال الحسن هي يمين إلا أن ينوي طلاق امرأته ، وعن إبراهيم مثله وعنه أن نوى طلاقا والا فليس بشيء ، وعن الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا الحرام يمين : وقال طاوس : هو ما نوى : وقال مالك والشافعي . ليس بيمين ولا شيء عليه لأنه قصد تغيير المشروع فلغا ما قصده كما لو قال هذه ربيتي .

ولنا قول الله تعالى (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك) — الى قوله — قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) سمي تحريم ما أحل الله يميننا وفرض له تحلته وهي الكفارة .

وقالت عائشة رضي الله عنها د كان النبي صلى الله عليه وسلم يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت أنا وحفصة أن أبتنا دخل عليها

النبي صلى الله عليه وسلم فلتقل : إني أجد منك ريح مغافير ، فدخل على إحدانا فقالت له ذلك ، فقال : لا بل شربت عسلا عند زينب بنت جحش ولن أعود له فنزل (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ؟ تبغى مرضاة أزواجك) متفق عليه فان قيل انما نزلت الآية في تحريم مارية القبطية كذلك قال الحسن وقتادة ، قلنا ما ذكرناه أصح فانه متفق عليه .

وقول عائشة صاحبة القصة الحاضرة للتنزيل المشاهدة للرجال أولى ، والحسن وقتادة لو سمعا قول عائشة لم يعدلا به شيئا ولم يصيرا إلى غيره فكيف يصار إلى قولها ويترك قولها ؟

وقد روى عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه جعل تحريم الحلال يمينا ، ولو ثبت أن الآية نزلت في تحريم مارية كان حجة لنا لأنها من الحلال الذي حرم وليست زوجة فوجوب الكفارة بتجريدها يقتضي وجوبه في كل حلال حرم بالقياس عليها لأنه حرم الحلال فأوجب الكفارة كتحریم الأمة والزوجة وما ذكروه يبطل بتجريدها ، وإذا قال هذه ريبتى يقصد تحريمها فهو ظاهر .

• مسألة • قال (أو يقول . أقسم بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله)

هذا قول عامة الفقهاء لا نعلم فيه خلافا وسواء نوى اليمين أو أطلق لأنه لو قال بالله ولم يقل أقسم ولا أشهد ولم يذكر الفعل كان يمينا ، وانما كان يمينا بتقدير الفعل قبله لأن الباء تتعلق بفعل مقدر على ما ذكرناه فإذا أظهر الفعل ونطق بالمقدر كان أولى بثبوت حكمه ، وقد ثبت له عرف الاستعمال قال الله تعالى (فيقسمان بالله) وقال تعالى (واقسموا بالله) وقال (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين) ويقول الملاءن في لعانه أشهد بالله إنى لمن الصادقين ويقول المرأة أشهد بالله انه لمن الكاذبين ، وأنشد أعرابي عمر .

• أقسم بالله لتفعلنه •

وكذلك الحكم ان ذكر الفعل بلفظ الماضى فقال . أقسمت بالله أو شهدت بالله

قال عبد الله بن رواحة . أقسمت بالله لتزانه . وإن أراد بقوله أقسمت بالله الخبر عن قسم ماض أو بقوله أقسم بالله عن قسم يأتي به فلا كفارة عليه ، وإن ادعى إرادة ذلك قبل منه ، وقال القاضي : لا يقبل في الحكم ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنه خلاف الظاهر .

ولنا : أن هذا حكم فيها بينه وبين الله تعالى فإذا علم من نفسه أنه نوى شيئاً أو أراده مع احتمال اللفظ إياه لم تلزمه كفارة ، وإن قال : شهدت بالله أني آمنت بالله فليس يمين ، وإن قال ، أعزم بالله يقصد اليمين فهو يمين ، وإن أطلق فظاهر كلام الخرقى أنه يمين ، وهو قول ابن حامد .

وقال أبو بكر ، ليس يمين ، وهو قول الشافعي لأنه لم يثبت له عرف الشرع ولا الاستعمال وظاهره غير اليمين لأن معناه أقصد بالله لأفعلن ، ووجه الأول أنه يحتمل اليمين وقد اقترن به ما يدل عليه وهو جوابه بجواب القسم فيكون يميناً ، فأما أن نوى بقوله غير اليمين لم يكن يميناً .

(فصل) وإن قال أحلف بالله أو أولى بالله أو حلفت بالله أو آليت بالله أو ألية بالله أو حلفاً بالله أو قسماً بالله فهو يمين سواء نوى به اليمين أو أطلق لما ذكرناه في أقسم بالله ، وحكمه حكمه في تفصيله لأن الإيلاء والحلف والقسم واحد قال الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) وقال سعد بن معاذ أحلف بالله لقد جاءكم أسيد بغير الوجه الذي ذهب به . وقال الشاعر

أولى برب الراقصات إلى منى ومطارح الكوار حيث تبيت
فقال ابن دريد .

ألية باليعملات ترتعى بها النجاء بين أجواز الفلا
وقال .

بل قسماً بالشتم من يعرب هل لمقسم من بعد هذا منتهى
(فصل) وإن قال أقسمت أو آليت أو حلفت أو شهدت لأفعلن ولم يذكر بالله فعن أحمد روايتان (إحداهما) أنها يمين وسواء نوى اليمين أو أطلق ، وروى نحو ذلك عن عمر وابن عباس والنخعي والثوري وأبي حنيفة وأصحابه . وعن أحمد أن نوى اليمين بالله كان يميناً والأفلا ، وهو قول مالك وإسحاق

وابن المنذر ، لأنه يحتمل القسم بالله وبغيره ، فلم تكن يمينا حتى يصرفه بنيته إلى ما تحب به الكفارة .

وقال الشافعي ليس يمين وإن نوى ، وروى نحو ذلك عن عطاء والحسن والزهرى وقتادة وأبي عبيد لأنها عريت عن اسم الله وصفته فلم تكن يمينا ، كما لو قال : أقسمت بالبيت .

ولنا أنه قد ثبت لها عرف الشرع والاستعمال ، فإن أبا بكر قال : أقسمت عليك يا رسول الله لتخبرني بما أصبت مما أخطأت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تقسم يا أبا بكر ، رواه أبو داود

وقال العباس للنبي صلى الله عليه وسلم : أقسمت عليك يا رسول الله لتبايعنه ، فبايعه النبي صلى الله عليه وسلم وقال : أبررت قسم عمى ولا هجرة : وفي كتاب الله تعالى (إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول الله — إلى قوله — اتخذوا أيانهم جنة) فسماها يمينا وسماها رسول الله صلى الله عليه وسلم قسما ، وقالت عائكة بنت عبد المطلب عمه رسول الله صلى الله عليه وسلم :

حلفت أن عادوا لنصطلمنهم لجاءوا تردى حجرتيها المقاب

وقالت عائكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل :

فأليت لا تنفك عيني حزينة عليك ولا ينفك جلدي أغبرا

وقولهم يحتمل القسم بغير الله ، قلنا إنما يحمل على القسم المشروع ولهذا لم يكن هذا مكروها ، ولو حمل على القسم بغير الله كان مكروها ، ولو كان مكروها لم يفعله أبو بكر بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم ولا أبر النبي صلى الله عليه وسلم قسم العباس حين أقسم عليه .

(فصل) وإن قال أعزم أو عزمت لم يكن قسما ، نوى به القسم أو لم ينو ، لأنه لم يثبت لهذا اللفظ عرف في شرع ولا استعمال ولا هو موضوع للقسم ولا فيه دلالة عليه ، وكذلك لو قال استعين بالله أو اعتصم بالله أو أتوكل على الله أو علم الله أو عز الله أو تبارك الله ونحو هذا لم يكن يمينا ، نوى أو لم ينو ، لأنه ليس بموضوع للقسم لغة ولا ثبت له عرف في شرع ولا استعمال فلم يجب به شيء ، كما لو قال سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر .

مسألة ، قال (أو بأمانة الله)

قال القاضي : لا يختلف المذهب في أن الحلف بأمانة الله يمين مكفرة ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي لا تتعقد اليمين بها إلا أن ينوى الحلف بصفة الله تعالى لأن الأمانة تطلق على الفرائض والودائع والحقوق . قال الله تعالى (إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان) وقال تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) يعني الودائع والحقوق . وقال النبي صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » وإذا كان اللفظ محتملا لم يصرف إلى أحد محتملاته إلا بنية أو دليل صارف إليه .

ولنا أن أمانة الله صفة له بدليل وجوب الكفارة على من حلف بها إذا نوى ويجب حملها على ذلك عند الإطلاق لوجوه .

أحدها : أن حملها على غير ذلك صرف ليمين المسلم إلى المعصية أو المكروه لكونه قسما به مخلوق ، والظاهر من حال المسلم خلافه .

والثاني أن القسم في العادة يكون بالمعظم المحترم دون غيره وصفة الله تعالى أعظم حرمة وقدر .

والثالث أن ما ذكره من الفرائض والودائع لم يعهد القسم بها ولا يستحسن ذلك لو صرح به فكذلك لا يقسم بها هو عبارة عنه .

الرابع أن أمانة الله المضافه إليه هي صفته ، وغيرها يذكر غير مضاف إليه كما ذكر في الآيات والخبر .

الخامس أن اللفظ عام في كل أمانة الله لأن اسم الجنس إذا أضيف إلى معرفة أفاد الاستغراق ، فيدخل فيه أمانة الله التي هي صفته فتعقد اليمين بها موجبة للكفارة كما لو نواها .

(فصل) فإن قال والامانة لا فعلت ونوى الحلف — بأمانة الله فهو يمين مكفرة موجبة للكفارة وإن أطلق فعلى روايتين .

أحدهما يكون يمينا لما ذكرنا من الوجوه ، والثانية لا يكون يمينا لأنه لم يضافها الى الله تعالى فيحتمل غير ذلك . قال أبو الخطاب : وكذلك اذا قال والعهد والميثاق والجبروت والعظمة والأمانات ؛ فإن نوى يمينا كان يمينا والا فلا ، وقد ذكرنا في الأمانة روايتين فيخرج في سائر ما ذكرناه وجهان قياسا عليهما .

(فصل) ويكره الحلف بالأمانة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حلف بالأمانة فليس منا » رواه أبو داود ، وروى عن زياد بن خدير^(١) أن رجلا حلف — عنده بالأمانة فجعل يبكي بكاء شديدا فقال له الرجل : هل كان هذا يكره ؟ قال نعم كان عمر ينهى عن الحلف — بالأمانة أشد النهي ،

(فصل)

ولا تنعقد اليمين بالحلف — بمخلوق كالكعبة والأنبياء وسائر المخلوقات ولا تجب الكفارة بالحنث فيها ، هذا ظاهر كلام الحرقى وهو قول أكثر الفقهاء ، وقال أصحابنا الحلف — برسول الله صلى الله عليه وسلم يمين موجبة للكفارة . وروى عن أحمد أنه قال « اذا حلف — بحق رسول الله صلى الله عليه وسلم فحنث فعليه الكفارة . قال أصحابنا لأنه أحد شرطى الشهادة بالحلف — به موجب للكفارة كالحلف — باسم الله تعالى .

ووجه الأول قول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان حالفا فليحلف — بالله أو ليصمت » ، ولأنه حلف — بغير الله فلم يوجب الكفارة كسائر الأنبياء ولأنه مخلوق فلم تجب الكفارة بالحلف — به كإبراهيم (ص) ولأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص ، ولا يصح قياس اسم غير الله على اسمه لعدم الشبه وانتفاء المماثلة وكلام أحمد في هذا يحمل على الاستحباب دون الإيجاب

« مسألة ، قال (ولو حلف — بهذه الأشياء كلها على شيء واحد فحنث فعليه كفارة واحدة)

وجملته أنه اذا حلف — بجميع هذه الأشياء التي ذكرها الحرقى وما يقوم

(١) زياد بن خدير الأسدي أبو المغيرة روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما ، وروى عنه الشعبي ، وإبراهيم بن مهاجر وحفص بن حميد وهو ثقة . قاله الرازي

مقامها أو كرر اليمين على شيء واحد، مثل أن قال والله لا أغزون قريشا والله لا أغزون قريشا والله لا أغزون قريشا فحنت فليس عليه إلا كفارة واحدة . روى نحو هذا عن ابن عمر ، وبه قال الحسن وعروة وإسحاق ، وروى أيضا عن عطاء وعكرمة والنخعي وحامد والاوزاعي . وقال أبو عبيد فيمن قال : على عهد الله وميثاقه وكفالاته ، ثم حنت فعليه ثلاث كفارات .

وقال أصحاب الرأي عليه بكل يمين كفارة إلا أن يريد التأكيد والتفهم ونحوه عن الثوري وأبي ثور . وعن الشافعي قولان كالْمذهبين ، وعن عمرو بن دينار أن كان في مجلس واحد كقولنا ، وإن كان في مجالس كقولهم ، واحتجوا بأن أسباب الكفارات تكررت فتكرر الكفارات كالقتل لآدمي وصيد حرمي ، ولأن اليمين الثانية مثل الأولى فتقتضي ما تقتضيه

ولنا أنه حنت واحد أو جب جنسا واحداً من الكفارات فلم يجب به أكثر من كفارة كما لو قصد التأكيد والتفهم

وقولهم أنها أسباب تكررت لا نسله فإن السبب الحنت وهو واحد ، وإن سلمنا فينتقض بها إذا تكرر الوطء في رمضان في أيام وبالحدود إذا تكررت أسبابها فإنها كفارات وبها إذا قصد التأكيد ، ولا يصح القياس على الصيد الحرمي لأن الكفارة بدل ولذلك تزداد بكبر الصيد وتقدر بقدره ، فهي كدية القتل ولا على كفارة قتل الآدمي لأنها أجريت مجرى البدل أيضا لحق الله تعالى ، لأنه لما ألتف آدميا عابداً لله تعالى ناسب أن يوجد عبداً يقوم مقامه في العبادة فلما عجز عن الإيجاد لزمه اعتناق رقبة ، لأن العتق إيجاب للعبد بتخليصه من رق العبودية وشغلها إلى فراغ البال للعبادة بالحرية التي حصلت بالاعتناق . ثم الفرق ظاهر وهو أن السبب هنا تكرر بكامله وشروطه وفي محل النزاع لم يوجد ذلك ، لأن الحنت إما أن يكون هو السبب أو جزءاً منه أو شرطاً له بدليل توقف الحكم على وجوده ، وأياً ما كان فلم يتكرر فلم يجز الإلحاق ، ثم وإن صح القياس فقياس كفارة اليمين على مثلها أولى من قياسها على القتل لبعدها بينهما .

(فصل) وإذا حلف يميناً واحدة على أجناس مختلفة فقال والله لا أأكل ولا شربت ولا لبست لحنث في الجميع فكفارة واحدة ، لا أعلم فيه خلافاً لأن

اليمين واحدة والحنث واحد فإنه بفعل واحد من المحلوف عليه يحنث وتتحل اليمين وان حلف أيمانا على أجناس فقال والله لا أكلت والله لا شربت والله لا لبست فحنث في واحدة منها فعليه كفارة فإن أخرجها ثم حنث في يمين أخرى لزمته كفارة أخرى لا نعلم في هذا أيضا خلافا لان الحنث في الثانية تجب به الكفارة بعد أن كفر عن الاولى فأشبهه ما لو وطئ في رمضان فكفر ثم وطئ مرة أخرى : فإن حنث في الجميع قبل التكفير فعليه في كل يمين كفارة ، وهذا ظاهر كلام الحرقى . ورواه المروذى عن احمد وهو قول أكثر أهل العلم

وقال أبو بكر : تجزئه كفارة واحدة ورواها ابن منصور عن أحمد ، قال القاضى وهى الصحيحة ، وقال أبو بكر مانقله المروذى عن أحمد قول لابی عبد الله ومذهبه أن كفارة واحدة تجزئه ، وهو قول اسحاق لأنها كفارات من جنس فتداخلت كالحدود من جنس ، وان اختلفت محالها بأن يسرق من جماعة أو يزنى بنساء ، ولنا أنهم أيمان لا يحنث في احدها من بالحنث في الاخرى فلم تتكفر احدهما بكفارة الاخرى كما لو كفر عن احدهما قبل الحنث في الاخرى وكالايمان المختلفة الكفارة ، وبهذا فارق الايمان على شيء واحد ، فإنه متى حنث في احدهما كان حاثا في الاخرى ، فإن كان الحنث واحداً كانت الكفارة واحدة . وههنا تعدد الحنث فتعددت الكفارات ، وفارق الحدود فإنها وجبت للزجر وتندرى بالشبهات بخلاف مسائلنا ، ولان الحدود عقوبة بدنية فالموالاة بينها ربما أفضت الى التلف فاجتزىء بأحدها ، وههنا الواجب اخراج مال يسير أو صيام ثلاثة أيام فلا يلزم الضرر الكثير بالموالاة فيه ولا يخشى منه التلف

مسألة ، قال (ولو حلف على شيء واحد يمينين مختلفي الكفارة لزمته في كل واحدة من اليمينين كفارتها)

هذا مثل الحلف بالله وبالظهار ويعتق عبده ، فإذا حنث فعليه كفارة يمين وكفارة ظهار ويعتق العبد ، لان تداخل الاحكام انها يكون مع اتحاد الجنس كالحدود من جنس والكفارات ههنا أجناس وأسبابها مختلفة فلم تتداخل كحد الزنا والسرقة والقذف والشرب .

« مسألة ، قال (ومن حلف بحق القرآن لزمته بكل آية كفارة بين)

نص على هذا أحمد ، وهو قول ابن مسعود والحسن . وعنه أن الواجب كفارة واحدة وهو قياس المذهب ومذهب الشافعي وأبي عبيد لأن الحلف بصفات الله كلها وتكرر التمين بالله سبحانه لا يوجب أكثر من كفارة واحدة فالحلف بصفة واحدة من صفاته أولى أن تجزئه كفارة واحدة

ووجه الأول : ما روى مجاهد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف بسورة من القرآن فعليه بكل آية كفارة يمين صبر فمن شاء بر ومن شاء فجر ، رواه الأثرم . ولأن ابن مسعود قال عليه بكل آية كفارة يمين ولم نعرف مخالفا له في الضحية فكان إجماعا .

قال أحمد : وما أعلم شيئا يدفعه ، ويحتمل أن كلام أحمد في كل آية كفارة على الاستحباب لمن قدر عليه فإنه قال عليه بكل آية كفارة فإن لم يمكنه فكفارة واحدة ورده إلى واحدة عند العجز دليل على أن ما زاد عليها غير واجب وكلام ابن مسعود أيضا يحمل على الاختيار والاحتياط لكلام الله والمبالغة في تعظيمه كما أن عائشة أعتقت أربعين رقبة حين حلفت بالعهد وليس ذلك بواجب ولا يجب أكثر من كفارة لقول الله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين) وهذه يمين فتدخل في عموم الأيمان المنعقدة ، ولأنها يمين واحدة فلم توجب كفارات كسائر الأيمان ، ولأن إيجاب كفارات بعدد الآيات يفضي إلى المنع من البر والتقوى والإصلاح بين الناس لأن من علم أنه يحثه تلزمه هذه الكفارات كلها ترك المحلوف عليه كائنا ما كان وقد يكون برا وتقوى وإصلاحا فتمنعه منه ، وقد نهى الله تعالى عنه بقوله (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس) وإن قلنا : بوجوب كفارات بعدد الآيات فلم يطق أجزاءه كفارة واحدة نص عليه أحمد .

« مسأله ، قال : وعن أبي عبد الله فيمن حلف ينحر ولده روايتان أحدهما كفارة يمين والآخرى : يذبح كبشاً (

اختلفت الرواية فيمن حلف بنحر ولده نحو أن يقول : إن فعلت كذا فله على أن أذبح ولدى أو يقول ولدى نحير إن فعلت كذا أو نذر ذبح ولده مطلقاً غير معلق بشرط فعن أحمد عليه كفارة يمين وهذا قياس المذهب لأن هذا نذر معصية أو نذر لجأح وكلاهما يوجب الكفارة ، وهو قول ابن عباس ، فإنه روى عنه أنه قال لا امرأة نذرت أن تذبح ابنها ، لا تنحرى ابنك وكفرى عن يمينك .

والرواية الثانية : كفارته ذبح كبش ويطعمه المساكين ، وهو قول أبي حنيفة وروى ذلك عن ابن عباس أيضاً لأن نذر ذبح الولد جعل في الشرع كنذر ذبح شاة بدليل أن الله تعالى أمر إبراهيم بذبح ولده وكان أمراً بذبح شاة وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه ، ودليل أنه أمر بذبح شاة أن الله تعالى لا يأمر بالفحشاء ولا بالمعاصي وذبح الولد من كبائر المعاصي ، قال الله تعالى (ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق) .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم : أكرم الكبار أن تجعل لله نداً وهو خلقك قيل ثم أى ؟ قال : أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك .

وقال الشافعي : ليس هذا بشيء ولا يجب به شيء لأنه نذر معصية لا يجب الوفاء به ولا يجوز ولا تجب به كفارة ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا نذر في معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم ، ولقوله عليه السلام : ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه .

ولنا قوله عليه السلام : لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين ، ولأن النذر حكم اليمين بدليل قوله عليه السلام : النذر حلفه وكفارته كفارة يمين ، فيكون بمنزلة من حلف ليذبحن ولده .

وقولهم : إن النذر لذبح الولد كناية عن ذبح كبش لا يصح لأن إبراهيم لو كان مأموراً بذبح كبش لم يكن الكبش فداء ولا كان مصداقاً للرؤيا قبل ذبح الكبش ، وإنما أمر بذبح ابنه ابتلاء ثم فدى بالكبش وهذا أمر اختص بإبراهيم عليه السلام لا يتعداه إلى غيره لحكمة عليها الله تعالى فيه ، ثم لو كان إبراهيم مأموراً بذبح كبش فقد ورد شرعنا بخلافه فإن نذر ذبح الابن ليس بقربة في

شرعنا ولا مباح بل هو معصية فتكون كفارته ككفارة سائر نذور المعاصي .
(فصل) وان نذر ذبح نفسه أو أجنبي ففيه أيضاً عن أحمد روايتان ، وعن ابن عباس أيضاً فيه روايتان .

نقل ابن منصور عن أحمد فيمن نذر أن ينحر نفسه إذا حنث يذبح شاة وكذلك ان نذر ذبح أجنبي ، لأنه روى عن ابن عباس في الذي قال : أنا أنحر فلانا فقال : عليه ذبح كبش ، ولأنه نذر ذبح آدمي فكان عليه ذبح كبش كنذر ذبح ابنه . الثانية . عليه كفارة يمين لأنه نذر معصية فكان موجب ككفارة لما ذكرنا فيما تقدم .

وروى الجوزجاني بإسناده عن الأوزاعي قال حدثني أبو عبيد قال : جاء رجل الى ابن عمر فقال : اني نذرت أن أنحر نفسي قال : فتجهمه ابن عمر وأقف منه ثم أتى ابن عباس فقال له أهد مائة بدنة ، ثم أتى عبد الرحمن بن الحارث بن هشام فقال له أرايت لو نذرت أن لا تكلم أباك أو أخاك ؟ إنما هذه خطوة من خطوات الشيطان استغفر الله وتب اليه ، ثم رجع الى ابن عباس فأخبره فقال ، أصاب عبد الرحمن ورجع ابن عباس عن قوله ، والصحيح في هذا أنه نذر معصية حكمه حكم نذر سائر المعاصي لا غير .

فصل

قال أحمد في امرأة نذرت نحر ولدها ولها ثلاثة أولاد : تذبح عن كل واحد كبشاً وتكفر يمينها وهذا على قوله ان كفارة نذر ذبح الولد ذبح كبش ، جعل عن كل واحد كبشاً لان لفظ الواحد إذا أضيف اقتضى التعميم فكان عن كل واحد كبش فإن عنت بنذرهما واحداً فأنها عليها كبش واحد بدليل أن إبراهيم عليه السلام لما أمر بذبح ابنه الواحد فدى بكبش واحد ولم يفد غير من أمر بذبحه من أولاده وكذا ههنا ، وعبد المطلب لما نذر ذبح ابن من بنيه إن بلغوا عشرة لم يفد منهم إلا واحداً ، وسواء نذرتة معيناً أو عنت واحداً غير معين ، فأما قول أحمد وتكفر يمينها فيحتمل أنه أراد ان ذبح الكبش كفارة يمينها ، ويحتمل أنه كان مع نذرهما يمين ، وأما على الرواية الأخرى تجزئها كفارة يمين على ما سبق .

« مسألة ، قال (ومن حلف بعق ما يملك فحنث عتق عليه كل ما يملك من عبده وإمائه ومكاتبه ومدبريه وامهات اولاده وشقص يملكه من مملوكه)

معناه اذا قال ان فعلت كذا فكل مملوك لى حر او عتق او فكل ما املك حر فإن هذا إذا حنث عتق بماليكه ولم تغن عنه كفارة ، روى ذلك عن ابن عمر وابن عباس ، وبه قال ابن ابي ليلي والثوري ومالك والأوزاعي والليث والشافعي وإسحاق ، وروى عن ابن عمر وابن هريرة وعائشة وابن سلة وحفصة وزينب بنت ابي سلة والحسن وابن ثور تجزئته كفارة يمين لأنها يمين فتدخل في عموم قول الله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين) .

وروى عن ابي رافع قال « قالت مولائي ليلي بنت العجاء ، كل مملوك لها محرر وكل مال لها هدى ، وهى يهوديه وهى نصرانية ان لم تفرق بينك وبين امرأتك قال . فأتيت زينب بنت ام سلة ، ثم أتيت حفصة الى ان قال . ثم أتيت ابن عمر فجاء معى اليها فقام على الباب فسلم فقال . امن حجارة انت ام من حديد ؟ افتتك زينب ، وافتتك ام المؤمنين ، كفرى عن يمينك ، وخلي بين الرجل وامرأته ، رواه الأثرم والجوزجاني مطولا .

ولنا انه علق العتق على شرط وهو قابل للتعليق فيقع بوجود شرطه كالطلاق والآية مخصوصة بالطلاق والعتق فى معناه ، ولأن العتق ليس بيمين فى الحقيقة انما هو تعليق على شرط فأشبه الطلاق ، فأما حديث ابي رافع ؛ قال احمد . قال فيه « كفرى يمينك واعتق جاريتك ، وهذه زيادة يجب قبولها ، ويحتمل انها لم يكن لها مملوك سواها .

(فصل) فأما ان قال . فإن فعلت فله على ان اعتق عبدى او احرره او نحو هذا لم يعتق بحنثه وكفر كفارة يمين على ما ذكرنا فى نذر اللجاج لان هذا لم يعلق عتق العبد انما حلف على تعليق العتق بشرط بخلاف الذى قبله .

(فصل) واذا حنث عتق عليه عبده واماؤه ومدبروه وامهات اولاده ومكاتبوه والاشقاص التى يملكها من العبيد والإماء ، وبهذا قال ابو ثور والمزني وابن المنذر .

وعن أحمد رواية أخرى : لا يعتق الشقص إلا أن ينويه ولعله ذهب إلى أن الشقص لا يقع عليه اسم العبد وقال أبو حنيفة وصاحباؤه وإسحاق : لا يعتق المسكاتب وهو قول الشافعي لأنه خارج عن ملك سيده وتصرفه فلم يدخل في اسم ماله كمالحر ، وقال الربيع سماعى من الشافعي أنه يعتق .

ولنا : أنه مملوك فيعتق كالمدير ودليل كونه مملوك قوله عليه السلام : المسكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، وقوله لعائشة : اشترى بريرة وأعتقها ، وكانت مكاتبة ولا يصح شراء غير المملوك ولا عتقه ، ولأنه يصح إعتاقه بالاجماع وأحكامه أحكام العبيد ولأنه مملوك فلا بد له من مالك ولأنه يصح إعتاقه بالمباشرة فدخل في العتق بالتعليق كسائر عبيده ، وأما الشقص فإنه مملوك له قابل للتحرير فيدخل في عموم لفظه

(فصل) فإن قال عبد فلان حر إن دخلت الدار ثم دخلها لم يعتق العبد بغير خلاف لأنه لا يعتق بإعتاقه ناجزاً فلا يعتق بالتعليق أولى وهل يلزمه كفارة يمين ؟ فيه عن أحمد روايتان ذكرهما ابن أبي موسى .

إحداهما ، عليه كفارة لأنه حلف بالعتق فيها لا يقع بالحنث فلزمته كفارة كما لو قال لله على أن أعتق فلانا .

والثانية ، لا كفارة عليه لأنه حلف بإخراج مال غيره فلم يلزمه شيء . كما لو قال مال فلان صدقة إن دخلت الدار ولأنه تعليق للعتق على صفة فلم تجب به كفارة كسائر التعليق . وأما إذا قال ، لله على أن أعتق عبداً فإنه نذر فأوجب الكفارة لكون النذر كاليمين وليس كذلك وهنا فإنه إنما علق العتق على صفة فوجود الصفة أثر في جعل المعلق كالمنجز ولو نجز العتق لم يلزمه شيء . فكذلك وهنا .

(فصل) فإن قال إن فعلت كذا فقال فلان صدقة أو فعل فلان حجة أو قال فلان حرام عليه أو هو برىء من الاسلام وأشباه هذا فليس ذلك بيمين ولا تجب به كفارة ولا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً لأنه لم يرد الشرع فيه بكفارة ولا هو في معنى ما ورد الشرع به .

مسألة ، قال (ومن حلف فهو مخير في الكفارة قبل الحنث وبعده وسواء كانت الكفارة صوماً أو غيره إلا في الظهار والحرام فعليه الكفارة قبل الحنث)

الظهار والحرام شيء واحد وإنما عطف أحدهما على الآخر لاختلاف اللفظين ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه في وجوب تقديم كفارته على الوطء ؛ والأصل فيه قول الله تعالى (فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا)

فأما كفارة سائر الأيمان فإنها تجوز قبل الحنث وبعده ، صوما كانت أو غيره في قول أكثر أهل العلم ، وبه قال مالك .

وعن روى عنه جواز تقديم التكفير عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس وسليمان الفارسي ومسلمة بن مخلد رضي الله عنهم ، وبه قال الحسن وابن سيرين وربيعه والأوزاعي والثوري وابن المبارك وإسحاق وأبو عبيد وأبو خيثمة وسليمان بن داود . وقال أصحاب الرأي لا تجزى الكفارة قبل الحنث لأنه تكفير قبل وجود سببه فاشبه ما لو كفر قبل اليمين ، ودليل ذلك أن سبب التكفير الحنث إذ هو هتك الاسم العظيم المحترم ولم يوجد .

وقال الشافعي كقولنا في الاعتاق والاطعام والكسوة ، وكقولهم في الصيام من أجل أنه عبادة بدنية فلم يجوز فعله قبل وجوبه لغير مشقة كالصلاة ولنا ما روى عبد الرحمن بن سمرة قال ، قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير ، رواه أبو داود . وفي لفظ : وائت الذي هو خير ، رواه البخاري والاثرم . وروى أبو هريرة وأبو الدرداء وعدي بن حاتم عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو ذلك ، رواه الاثرم .

وعن أبي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إني إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا كفرت عن يميني وأتيت الذي هو خير - أو أتيت الذي هو خير - وكفرت عن يميني ، رواه البخاري ، ولأنه كفر بعد وجود السبب فأجزأ كما لو كفر بعد الجرح وقبل الزهوق والسبب هو اليمين بدليل قوله تعالى (ذلك كفارة أيمانكم) وقوله سبحانه (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقول النبي صلى الله عليه وسلم : وكفرت عن يميني - وكفر يمينك ، وتسمية الكفارة كفارة اليمين ، وبهذا يتفصل عما ذكرناه فإن الحنث شرط وليس بسبب ، وتعميل حق المال بعد وجود سببه وقبل وجود شرطه جائز بدليل تعميل الزكاة بعد

وجود النصاب قبل الحول وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الزهوق . قال ابن عبد البر : العجب من أصحاب أبي حنيفة أجازوا تقديم الزكاة من غير أن يرووا فيها مثل هذه الآثار الواردة في تقديم الكفارة وبأبون تقديم الكفارة مع كثرة الرواية الواردة فيها ، والحجة في السنة ومن خالفها محجوج بها .

فأما أصحاب الشافعي فهم محجوجون بالاحاديث مع أنهم قد احتجوا بها في البعض وخالفوها في البعض وفرقوا بين ما جمع بينه النص ، ولأن الصيام نوع تكفير فجاز قبل الحنث كالتكفير بالمال ، وقياس الكفارة على الكفارة أولى من قياسها على الصلاة المفروضة بأصل الوضع

(فصل) فأما التكفير قبل اليمين فلا يجوز عند أحد من العلماء لأنه تقديم للحكم قبل سببه فلم يجز كتقديم الزكاة قبل ملك النصاب وكفارة القتل قبل الجرح

(فصل)

والتكفير قبل الحنث وبعده سواء في الفضيلة ، وقال ابن أبي موسى : بعده أفضل عند أحمد ، وهو قول الشافعي ومالك والثوري لما فيه من الخروج من الخلاف وحصول اليقين ببراءة الذمة

ولنا أن الاحاديث الواردة فيه فيها التقديم مرة والتأخير أخرى ، وهذا دليل التسوية ، ولأنه تعجيل مال يجوز تعجيله قبل وجوبه فلم يكن التأخير أفضل كتعجيل الزكاة وكفارة القتل ، وما ذكره معارض بتعجيل النفع للفقراء والتبرع بها لم يجب عليه ، وعلى أن الخلاف المخالف للنصوص لا يوجب تفضيل المجمع عليه كترك الجمع بين الصلاتين

(فصل) وإن كان الحنث في اليمين محظورا فعجل الكفارة قبله ففيه وجهان أحدهما تجزئه لأنه عجل الكفارة بعد سببها فأجزأته كما لو كان الحنث مباحا . والثاني لا تجزئه لأن التعجيل رخصة فلا يستباح بالمعصية كالقصر في سفر المعصية والحديث لم يتناول المعصية ، فإنه قال : إذا حلفت على يمين إفرأيت غيرها خيرا منها فكفر ، وهذا لم ير غيرها خيرا منها ، ولا أصحاب الشافعي في هذا وجهان كما ذكرنا .

« مسألة ، قال (وإذا حلف فقال : إن شاء الله تعالى ، فإن شاء فعل وإن شاء ترك ولا كفارة عليه إذا لم يكن بين الاستثناء واليمين كلام)

وجملة ذلك أن الحالف إذا قال إن شاء الله مع يمينه فهذا يسمى استثناء ، فإن ابن عمر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حلف فقال إن شاء الله فقد استثنى » رواه أبو داود ، وأجمع العلماء على تسميته استثناء وأنه متى استثنى في يمينه لم يحنث فيها ، والأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث » رواه الترمذي

وروى أبو داود « من حلف فاستثنى فإن شاء رجع وإن شاء ترك ، ولأنه متى قال لا فعلن إن شاء الله فقد علمنا أنه متى شاء الله فعل ومتى لم يفعل لم يشأ الله ذلك فإن ما شاء الله كان ومتى لم يشأ لم يكن .

إذا ثبت هذا فإنه يشترط أن يكون الاستثناء متصلاً باليمين بحيث لا يفصل بينهما كلام أجنبي ولا يسكت بينهما سكوتاً يمكنه الكلام فيه ، فأما السكوت لانقطاع نفسه أو صوته أو عى أو عارض من عطشه أو شيء غيرها فلا يمنع صحة الاستثناء وثبوت حكمه ، وبهذا قال مالك والشافعي والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي وإسحاق ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من حلف فاستثنى ، وهذا يقتضى كونه عقيباً ، ولأن الاستثناء من تمام الكلام فاعتبر اتصاله به كاشترط وجوابه وخبر المبتدأ والاستثناء بإلا ، ولأن الحالف إذا سكت ثبت حكم يمينه وانعقدت موجبة لحكمها وبعد ثبوته لا يمكن دفعه ولا تغييره

قال أحمد : حديث النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فسكر عن يمينك » ولم يقل فاستثنى ، ولو جاز الاستثناء في كل حال لم يحنث حانث به .

وعن أحمد رواية أخرى أنه يجوز الاستثناء إذا لم يطل الفصل بينهما ، قال في رواية المروزي : حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « والله لا غزون قریشا — ثم سكت ثم قال — إن شاء الله ، إنما هو استثناء بالقرب ، ولم يخلط كلامه بغيره .

ونقل عنه اسماعيل بن سعيد مثل هذا وزاد ، قال ولا أقول فيه بقول هؤلاء .
يعنى من لم ير ذلك الا متصلا ، ويحتمل كلام الخرقى هذا لانه قال : اذا لم يكن
بين الاستثناء واليمين كلام ولم يشترط اتصال الكلام وعدم السكوت ، وهذا
قول الاوزاعى ، قال فى رجل حلف لا أفعل كذا وكذا ثم سكت ساعة لا يتكلم
ولا يحدث نفسه بالاستثناء ، فقال له انسان قل ان شاء الله ، فقال ان شاء الله
أيكفر بيمينه ؟ قال أراه قد استثنى .

وقال قتادة : له أن يستثنى قبل أن يقوم أو يتكلم .

ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم استثنى بعد سكوته اذ قال : والله
لا غزو قرىشا - ثم سكت ثم قال - ان شاء الله ، واحتج به أحمد ورواه أبو داود
وزاد قال الوايد بن مسلم : ثم لم يغزم ، ويشترط على هذه الرواية أن لا يطيل
الفصل بينهما ولا يتكلم بينهما بكلام أجنبى

وحكى ابن أبى موسى عن بعض أصحابنا انه قال : يصح الاستثناء ما دام فى
المجلس ، وحكى ذلك عن الحسن وعطاء . وعن عطاء انه قال : قدر حلب الناقة
العروزة . وعن ابن عباس أن له أن يستثنى بعد حين وهو قول مجاهد ، وهذا
القول لا يصح لما ذكرناه ، وتقديره بمجلس أو غيره لا يصح لان التقديرات بابها
التوقيف فلا يصار اليها بالتحكم .

(فصل) ويشترط أن يستثنى بلسانه ولا ينفعه الاستثناء بالقلب فى قول عامة
أهل العلم ، منهم الحسن والنخعى ومالك والثورى والاوزاعى والليث والشافعى
واسحاق وأبو ثور وأبو حنيفة وابن المنذر ولا نعلم لهم مخالفا . لان النبى (ص)
قال : من حلف فقال ان شاء الله ، والقول هو النطق ، ولان اليمين لا تنعقد
بالنية فكذلك الاستثناء .

وقد روى عن أحمد : ان كان مظلوما فاستثنى فى نفسه رجوت أن يجوز اذا
خاف على نفسه ، فهذا فى حق الخائف على نفسه ، لان يمينه غير منعقدة أو لانه
بمنزلة المتأول وأما فى حق غيره فلا

(فصل) واشترط القاضى ان يقصد الاستثناء ، فلو أراد الجزم فسبق لسانه الى
الاستثناء من غير قصد ، أو كانت عادته جارية بالاستثناء فجرى لسانه على العادة

من غير قصد لم يصح لأن اليمين لما لم يعتقد من غير قصد فكذلك الاستثناء ، وهذا مذهب الشافعي ، وذكر بعضهم أنه لا يصح الاستثناء حتى يقصده مع ابتداء يمينه ، فلو حلف غير قاصد للاستثناء ثم عرض له بعد فراغه من اليمين فاستثنى لم ينفعه ولا يصح لأن هذا يخالف عموم الخبر فإنه قال « من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث » ولأن لفظ الاستثناء يكون عقيب يمينه فكذلك نيته .

(فصل) يصح الاستثناء في كل يمين مكفرة كاليمين بالله والظهار والذعر ، وقال ابن أبي موسى : من استثنى في يمين تدخلها كفارة فله ثبأه لأنها أيمان مكفرة فدخلها الاستثناء كاليمين بالله تعالى ، فلو قال : أنت عليّ كظهر أمي إن شاء الله تعالى أو أنت علي حرام إن شاء الله أو ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ان شاء الله أو لله علي أن أتصدق بمائة درهم ان شاء الله لم يلزمه شيء لأنها أيمان فتدخل في عموم قوله « من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث » .

(فصل) وان قال والله لا شربن اليوم الا أن يشاء الله ، أو لا أشرب الا أن يشاء الله لم يحنث بالشرب ولا بتركه لما ذكرنا في الاثبات ، ولا فرق بين تقديم الاستثناء وتأخيره في هذا كله فإذا قال والله ان شاء الله لا أشرب اليوم أو لا شربن ففعل أو ترك لم يحنث ، لأن تقديم الشرط وتأخيره سواء . قال الله تعالى (ان امروء هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد)

(فصل) وان قال والله لا شربن اليوم ان شاء زيد فشاء زيد يلزمه الشرب فإن تركه حتى مضى اليوم حنث وان لم يشأ زيد لم يلزمه يمين فإن لم تعلم مشيئته لغيبة أو جنون أو موت انحلت اليمين لأنه لم يوجد الشرط ، وان قال والله لا أشرب الا ان يشاء زيد فقد منع نفسه الشرب الا ان توجد مشيئة زيد ، فان شاء فله الشرب وان لم يشأ لم يشرب ، وان خفيت مشيئته لغيبة أو موت أو جنون لم يشرب وان شرب حنث لأنه منع نفسه الا ان توجد المشيئة فلم يكن له أن يشرب قبل وجودها ، وان قال والله لا شربن الا ان يشاء زيد فقد ألزم نفسه الشرب الا ان يشاء زيد ان لا يشرب لان الاستثناء ضد المستثنى منه ، والمستثنى ايجاب لشربه يمينه ، فان شرب قبل مشيئة زيد بر .

وإن قال زيد قد شئت أن لا يشرب انحلت اليمين . لأنها معلقة بعدم مشيئته
 أترك الشرب ولم تتقدم فلم يوجد شرطها ، وإن قال قد شئت أن يشرب أو ما شئت
 أن لا يشرب لم تنحل اليمين لأن هذه المشيئة غير المستثناة فإن خفيت مشيئته لزمه
 الشرب لأنه علق وجوب الشرب بعدم المشيئة وهي معدومة بحكم الأصل .
 وإن قال والله لا أشرب اليوم إن شاء زيد فقال زيد قد شئت أن لا تشرب
 فشرب حنث ، وإن شرب قبل مشيئته لم يحنث لأن الامتناع من الشرب معلق
 بمشيئته ولم تثبت مشيئته فلم يثبت الامتناع بخلاف التي قبلها ، وإن خفيت مشيئته
 فهي في حكم المعدومة . والمشيئة في هذه المواضع أن يقول بلسانه

« مسألة ، قال (وإذا استثنى في الطلاق والعتاق فأكثر الروايات عن
 أبي عبد الله رحمه الله أنه توقف عن الجواب وقد قطع في موضع أنه لا ينفعه الاستثناء)
 يعني إذا قال لزوجته أنت طالق إن شاء الله أو لعبدك أنت حر إن شاء الله
 فقد توقف أحمد في الجواب لاختلاف الناس فيها وتعارض الأدلة ، وفي موضع
 قطع أنه لا ينفعه الاستثناء فيهما ، قال في رواية إسحاق بن منصور وحنبل : من
 حلف فقال إن شاء الله لم يحنث وليس له استثناء في الطلاق والعتاق ، قال حنبل
 لأنها ليسا من الأيمان ، وبه قال مالك والأوزاعي والحسن وقتادة .

وقال طاوس وحماد والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي يجوز الاستثناء فيهما
 لقول النبي (ص) « من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث ، ولأنه علق الطلاق
 والعتاق بشرط لم يتحقق وجوده فلم يقع كالمعلق بمشيئة زيد ولم يتحقق مشيئته
 ولأنه أوقع الطلاق والعتاق في محل قابل لوقوع كالمعلق بمشيئة زيد ، والحديث إنما
 تناول الأيمان وليس هذا بيمين إنما هو تعليق على شرط . قال ابن عبد البر : إنما
 ورد التوقيف بالاستثناء في اليمين بالله تعالى وقول المتقدمين الأيمان بالطلاق
 والعتاق إنما جاز على التقريب والاتساع ولا يمين في الحقيقة إلا بالله وهذا طلاق
 وعتاق وقد ذكرنا هذه المسألة في الطلاق بأبسط من هذا .

« مسألة ، قال (وإذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق لم تطلق إن تزوج بها
 وإن قال إن ملكك فلانا فهو حر فملكك صار حراً)

اختلفت الرواية عن أحمد في هاتين المسألتين فعنه لا يقع طلاق ولا عتق روى هذا عن ابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعروة وجابر ابن زيد وسوار والقاضي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، ورواه الترمذي عن علي وجابر بن عبد الله وسعيد بن جبير وعلي بن الحسين وشریح وغير واحد من فقهاء التابعين قال وهو قول أكثر أهل العلم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك .

قال الترمذي : وهذا حديث حسن وهو أحسن ما روى في هذا الباب وعن عائشة رضي الله عنها : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك ابن آدم وإن عتيها ، رواه الدارقطني .

وروى أبو بكر في الشافعي عن الخلال عن الرمادي عن عبد الرزاق عن معمر عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي بن أبي طالب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق قبل نكاح .

قال أحمد هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم وعدة من الصحابة ، ولأن من لا يقع طلاقه وعتقه بالمباشرة لم تنعقد له صفة كالمجنون ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم فيكون إجماعا .

والرواية الثانية : عن أحمد أنه يصح في العتق ولا يصح في الطلاق . قال في رواية أبي طالب إذا قال إن اشتريت هذا الغلام فهو حر فاشتراه عتق ، وإن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فهذا غير الطلاق هذا حق لله تعالى والطلاق يمين ليس هو لله تعالى ولا فيه قرينة إلى الله تعالى .

قال أبو بكر في كتاب الشافعي لا يختلف قول أبي عبد الله إن الطلاق إذا وقع قبل النكاح لا يقع وأن العتاق يقع إلا ما روى محمد بن الحسن بن هارون في العتق أنه لا يقع وما أراه إلا غلطاً كذلك سمعت الخلال يقول فإن كان حفظ فهو قول آخر ، والفرق بينهما أن ناذر العتق يلزمه الوفاء به وإن ناذر الطلاق لا يلزمه الوفاء به فكما اختلفا في النذر جاز أن يفترقا في اليمين ، ولأنه لو قال لأمته : أول ولد تلديه فهو حر فإنه يصح وهو تعليق للحرية على الملك .

وعن أحمد رحمه الله ما يدل على وقوع الطلاق والعتق ، وهو قول الثوري وأصحاب الرأي لأنه يصح تعليقه على الاخطار فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية والنذر واليمين .

وقال مالك : ان خص جنسا من الاجناس أو عبداً بعينه عتق إذا ملكه ، وان قال كل عبد أملكه فهو حر لم يصح والاول أصح إن شاء الله تعالى لأنه تعليق للطلاق والعتاق قبل الملك فأشبه ما لو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق أو لامة غيره ان دخلت الدار فأنت حرة ثم تزوج الأجنبية وملك الامة ودخلنا الدار فإن الطلاق لا يقع ولا تعتق الامة بغير خلاف نعله .

مسألة ، قال (ولو حلف أن لا ينكح فلانة أو لا اشترى فلانة فكحها نكاحاً فاسداً أو اشتراها شراء فاسداً لم يحنث)

وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : اذا قال لعبد ان زوجتك أو بعثك فأنت حر فزوجه تزويجاً فاسداً لم يعتق ، وان باعه بيعاً فاسداً يملك به حنث لان البيع الفاسد عنده يثبت به الملك إذا اتصل به القبض ، ولنا أن اسم البيع ينصرف الى الصحيح بدليل أن قول الله تعالى (وأحل الله البيع) وأكثر ألفاظه في البيع إنما ينصرف الى الصحيح فلا يحنث بما دونه كما في النكاح وكالصلاة وغيرهما ، وما ذكروه من ثبوت الملك به لا نسلمه .

وقال ابن أبي موسى : لا يحنث بالنكاح الفاسد وهل يحنث بالبيع الفاسد ؟ على روايتين ، وقال أبو الخطاب : ان نكحها نكاحاً مختلفاً فيه مثل أن يتزوجها بلا ولي ولا شهود أو باع في وقت النداء فعلى وجهين ، وقال ابن أبي موسى : إن تزوجها تزويجاً مختلفاً فيه أو ملك ملكاً مختلفاً فيه حنث فيهما جميعاً ، ولنا أنه نكاح فاسد وبيع فاسد فلم يحنث بهما كالمثقف على فسادهما .

(فصل) والماضي والمستقبل سواء في هذا ، وقال محمد بن الحسن : اذا حلف ما صليت ولا تزوجت ولا بعث وكان قد فعله فاسداً حنث لان الماضي لا يقصد منه إلا الاسم والاسم يتناول والمستقبل بخلافه فإنه يراد بالنكاح والبيع الملك وبالصلاة القرية .

ولنا أن ما لا يتناوله الاسم في المستقبل لا يتناوله في الماضي كالايجاب وكغير المسمى ، وما ذكره لا يصح لان الاسم لا يتناول إلا الشرعى ولا يحصل .

(فصل) وان حلف لا يبيع فباع بيعا فيه الخيار حنث ، وقال أبو حنيفة : لا يحنث لان الملك لا يثبت في مدة الخيار فأشبه البيع الفاسد .

ولنا أنه بيع صحيح شرعى فيحنث به كالبيع اللازم : وما ذكره لا يصح ؛ فإن بيع الخيار يثبت الملك به بعد انعضاء الخيار بالاتفاق وهو سبب له ، ولا نسلم أن الملك لا يثبت في مدة الخيار .

(فصل) وان حلف لا يبيع أو لا يزوج فأوجب البيع والنكاح ولم يقبل المتزوج والمشتري لم يحنث ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى : ولا نعلم فيه خلافا لان البيع والنكاح عقدان لا يتمان الا بالقبول فلم يقع الاسم على الإيجاب بدونه فلم يحنث به ، وان حلف لا يهب ولا يعير فأوجب ذلك ولم يقبل الآخر ، فقال القاضى يحنث ، وهو قول أبى حنيفة وابن سريج لان الهبة والعارية لا عوض فيهما فكان مسماهما الايجاب والقبول شرط لنقل الملك وليس هو من السبب فيحنث بمجرد الايجاب فيهما كالوصية .

وقال الشافعى : لا يحنث بمجرد الايجاب لانه عقد لا يتم الا بالقبول فلم يحنث فيه بمجرد الايجاب كالنكاح والبيع .

فأما الوصية والهبة والصدقة فقال أبو الخطاب يحنث فيها بمجرد الايجاب ولا أعلم قول الشافعى فيها الا أن الظاهر أنه لا يخالف في الوصية والهبة . لان الاسم يقع عليهما بدون القبول ولهذا لما قال الله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين انما أراد الايجاب دون القبول ، ولان الوصية صحيحة قبل موت الموصى ولا قبول لها حينئذ .

(فصل) وان حلف لا يزوج حنث بمجرد الايجاب والقبول الصحيح لانعلم فيه خلافا لان ذلك يحصل به المسمى الشرعى فتناوله يمينه ، وان حلف ليتزوجن بر بذلك سواء كانت له امرأة أو لم يكن ، وسواء تزوج نظيرتها أو دونها أثر أعلى منها الا أن يحتال على حل يمينه بتزويج لا يحصل مقصودها مثل أن يواطىء امرأة على نكاح لا يغيظها به ليبر في يمينه فلا يبر بهذا .

وقال أصحابنا : اذا حلف ليتزوجن على امرأته لا يبر حتى يشزوج نظيرتها ويدخل بها وهو قول مالك لأنه قصد غيظ زوجته ولا يحصل الا بذلك .

ولنا : أنه تزوج تزويجا صحيحاً فبر به كما لو تزوج نظيرتها ودخل بها ، وقولهم ان الغيظ لا يحصل الا بتزويج نظيرتها والدخول غير مسلم فان الغيظ يحصل بمجرد الخطبة ، وان حصل بما ذكره زيادة في الغيظ فلا تلزمه الزيادة على الغيظ الذي يحصل بما تناولته يمينه كما أنه لا يلزمه نكاح اثنتين ولا ثلاث ولا أعلى من نظيرتها والذي تناولته يمينه مجرد التزويج . ولذلك لو حلف - لا يتزوج على امرأته حنث بهذا فكذلك يحصل البر به لأن المسمى واحد فما تناوله النفي تناوله في الاثبات وإنما لا يبر اذا تزوج تزويجا لا يحصل به الغيظ كما ذكرناه من الصورة ونظائرها لان مبنى الايمان على المقاصد والنيات ولم يحصل مقصوده ولان التزويج ههنا يحصل حيلة على التخلص من يمينه بما لا يحصل مقصودها فلم تقبل منه حيلته ، وقد نص أحمد على هذا . فقال : اذا حلف ليتزوجن على امرأته فتزوج بهجوز أو زنجية لا يبر لأنه أراد أن يغمها ويغيرها ، وبهذا لا تغار ولا تغتم فعله أحمد بما لا يغيظ بها الزوجة ولم يعتبر ان تكون نظيرتها لان الغيظ لا يتوقف على ذلك ولو قدر ان تزوج العجوز يغيظها والزنجية لبر به وإنما ذكره أحمد لان الغالب انه لا يغيظها لأنها تعلم أنه إنما فعل ذلك حيلة لئلا يغيظها ويبر به .

(فصل : اذا حلف لا تسري فوطىء جاريته حنث ذكره أبو الخطاب ، وقال القاضى : لا يحنث حتى يطأ فينزل فخلا كان أو خصيا ، وقال أبو حنيفة . لا يحنث حتى يحصنها ويحببها عن الناس لان التسرى مأخوذ من السر ولاصحاب الشافعى ثلاثة أوجه كهذه .

ولنا أن التسرى مأخوذ من السر وهو الوطء لأنه يكون فى السر قال الله تعالى (ولكن لا تواعدوهن سرا) وقال الشاعر :

فلن تطلبوا سرها للفنى ولن تسلبوها لازهادها
وقال الآخر :

ألا زعمت بسياسة القوم أنى كبرت وأن لا يحسن السر أمثالى
ولان كل حكم تعلق بالوطء لم يعتبر فيه الانزال ولا التحصين كسائر الاحكام

(فصل)

إذا حلف لا يهب له فأهدى إليه أو أعمره حنث لأن ذلك من أنواع الهبة وإن أعطاه من الصدقة الواجبة أو نذر أو كفارة لم يحنث لأن ذلك حق لله تعالى عليه يجب إخراجه فليس هو هبة منه . وإن تصدق عليه تطوعا فقال القاضي يحنث ، وهو مذهب الشافعي . وقال أبو الخطاب : لا يحنث ، وهو قول أصحاب الرأي لأنهما يختلفان اسميا وحكما ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : هو عليها صدقة ولنا هدية ، وكانت الصدقة محرمة عليه والهدية حلال له ، وكان يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة ، ومع هذا الاختلاف لا يحنث في أحدهما بفعل الآخر .

ووجه الأول أنه تبرع بعين في الحياة فحنث به كالهدية ، ولأن الصدقة تسمى هبة فلو تصدق بدينار قيل وهب دينارا وتبرع بدينار ، واختلاف التسمية يكون الصدقة نوعا من الهبة فيختص باسم دونها كاختصاص الهدية والعمرى بإسمين ، ولم يخرجهما ذلك عن كونهما هبة ، وكذلك اختلاف الأحكام فإنه قد ثبت للنوع مالا يثبت للجنس ، كما ثبت للآدمي من الأحكام مالا يثبت لمطلق الحيوان فإن وصى له لم يحنث لأن الهبة تملك في الحياة والوصية إنما تملك بالقبول بعد الموت فإن أعاره لم يحنث لأن الهبة تملك الأعيان وليس في العارية تملك عين ، ولأن المستعير لا يملك المنفعة وإنما يستبجحها ، ولهذا يملك المعير الرجوع فيها ولا يملك المستعير أجزائها ولا أعارتها ، هذا قول القاضي ومذهب الشافعي

وقال أبو الخطاب يحنث لأن العارية هبة المنفعة والأول أصح ، وإن أضافه لم يحنث لأنه لم يملك شيئا وإنما أباحه ، ولهذا لا يملك التصرف بغير الأكل ، وإن باعه وحاباه لم يحنث لأنه معاوضة يملك الشفيع أخذ جميع المبيع ، ولو كان هبة أو بعضه هبة لم يملك أخذه كله .

وقال أبو الخطاب : يحنث في أحد الوجهين لأنه يترك له بعض المبيع بغير ثمن أو وهبه بعض الثمن ، وإن وقف عليه فقال أبو الخطاب يحنث لأنه تبرع له بعين في الحياة ، ويحتمل أن لا يحنث لأن الوقف لا يملك في رواية ، وإن حلف لا يتصدق عليه فوهب له لم يحنث لأن الصدقة نوع من الهبة ولا يحنث الحالف على نوع بفعل نوع آخر ، ولا يثبت للجنس حكم النوع ، ولهذا حرمت

الصدقة على النبي صلى الله عليه وسلم ولم تحرم الهبة ولا الهدية ، وإن حلف لا يهب له شيئاً فأسقط عنه ديناً لم يحنث إلا أن ينوى لأن الهبة تملك عين وليس له إلا دين في ذمته .

« مسألة ، قال (ولو حلف أن لا يشتري فلاناً أو لا يضربه فوكل في الشراء والضرب حنث)

وجملته أن من حلف لا يفعل شيئاً فوكل من فعله حنث إلا أن ينوى مباشرة بنفسه ونحو هذا قول مالك وأبي ثور

وقال الشافعي : لا يحنث إلا أن ينوى يمينته أن لا يستنيب في فعله أو يكون ممن لم تجر عاداته بمباشرة ، لأن إطلاق إضافة الفعل يقتضي مباشرة بدليل أنه لو وكله في البيع لم يجز للوكيل توكيل غيره ؛ وإن حلف لا يبيع ولا يضرب فأمر من فعله ، فإن كان ممن يتولى ذلك بنفسه لم يحنث ، وإن كان ممن لا يتولاه كالسلطان ففيه قولان .

وإن حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه ، ف قيل له فيه قولان . وقيل يحنث قولاً واحداً .

وقال أصحاب الرأي : إن حلف لا يبيع فوكل من باع لم يحنث ، وإن حلف لا يضرب ولا يتزوج فوكل من فعله حنث .

ولنا أن الفعل يطلق على من وكل فيه وأمر به فيحنث به ، كما لو كان ممن لا يتولاه بنفسه ، وكما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه أو لا يضرب فوكل من ضرب عند أبي حنيفة ، وقد قال الله تعالى (ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدى حبله) وقال (محلقين رؤوسكم ومقصرين) وكان هذا متناولاً للاستنابة فيه ولأن المحلوف عليه وجد من نائبه لحنث به كما لو حلف لا يدخل داراً فأمر من حله إليها . وقولهم إن إضافة الفعل إليه تقتضي المباشرة بمنعه ، ولا نسلم أنه إذا وكل في فعل يتمتع على الوكيل التوكيل فيه ، ولئن سلمنا فلأن التوكيل يقصد به الأمانة والحذق ، والناس يختلفون فيهما ، فإذا عين واحداً لم تجز مخالفة تعيينه بخلاف اليمين : فإما إن نوى يمينه المباشرة للمحلوف عليه أو كان سبب يمينه

يقتضيها أو قرينة حاله تخصص بها ، لان اطلاقه يقيد بنيته أو بما دل عليها فاشبه
ما لو صرح به بلفظه

وان حلف ليشترين أو ليعين أو ليضربن فوكل من فعل ذلك بر لما ذكرنا
في طرف النفي ، ولذلك لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رحم الله المحلقين ،
تناول من حلق رأسه بأمره .

(فصل) وان حلف ليطلقن زوجته أو لا يطلقها فوكل من طلقها أو قال لها
طلق نفسك فطلقتهما ، أو قال لها اختارى أو أمرك بيدك فطلقت نفسها بر وحنث
والخلاف فيه على ما تقدم . وان قال أنت طالق ان شئت أو ان قت ، فشأت
أو قامت حنث بغير خلاف ، لان الطلاق منه وانما هي حققت شرطه .

(فصل) فإن حلف لا يضرب امرأته فلطمها أو لكها أو ضربها بعصا أو
غيرها حنث بغير خلاف ، وان عضها أو خنقها أو جز شعرها جزاً يؤلمها قاصدا
للاضرار بها حنث ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يحنث لأن ذلك
لا يسمى ضرباً فلا يحنث به ، كما لو شتمها شتما آلمها

وقد نقل عن أحمد ما يدل على هذا ، فإن مهنا نقل عنه فيمن قال لامرأته : ان
لم أضربك اليوم فأنت طالق فعصها أو قرصها أو أمسك شعرها فهو على ما نوى
من ذلك ، قال القاضى فظاهر هذا أنه لم يدخله فى اطلاق اسم الضرب

ولنا أن هذا فى العرف يستعمل لكف الاذى المؤلم للجسم فيدخل فيه كل
ما اختلفنا فيه ولهذا يقال تضاربا اذا فعل كل واحد منهما هذا بصاحبه : وان لم
يكن معها آلة ، وفارق الشتم فإنه لا يؤلم الجسم وانما يؤلم القلب .

« مسأله ، قال (ومن حلف بعق أو طلاق أن لا يفعل شيئا ففعله ناسيا حنث)

وهذا قال مجاهد وسعيد بن جبير والزهرى وقتادة وربيعة ومالك وأبو عبيد
وأصحاب الرأى . وهو المشهور عن الشافعي ، وقال عطاء وعمر بن دينار وابن
أبي نجيح واسحاق وابن المنذر : لا يحنث ، وهو رواية عن أحمد ، لأن الناسي
لا يكلف حال نسيانه فلا يلزمه الحنث كالخلف بالله تعالى .

ولنا أن هذا يتعلق به حق آدمى فتعلق الحكم به مع النسيان كالإتلاف

ولأنه حكم على شرط فيوجد بوجودان شرطه كالمنع من الصلاة بعد العصر ،
وقد سبقت هذه المسألة .

« مسألة ، قال (وإذا حلف فتأول في يمينه فله تأويله إذا كان مظلوماً ، وإن
كان ظالماً لم ينفعه تأويله ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يمينك
على ما يصدقك به صاحبك »)

معنى التأويل أن يقصد بكلامه محتملاً يخالف ظاهره ، نحو أن يحلف أنه أخى
يقصد أخوة الإسلام أو المشابهة ، أو يعنى بالسقف والبناء السماء ، وبالبساط
والفراش الأرض وبالأوتاد الجبال وباللباس الليل أو يقول . ما رأيت فلاناً ،
يعنى ما ضربت رثته ولا ذكرته ، يريد ما قطعت ذكره ، أو يقول جوارى
أحرار ، يعنى سفنه ، ونسأى طوالق ، يعنى نساء الأقارب منه ، أو يقول ما كاتبت
فلاناً ولا عرفتة ولا أعلمته ولا سألته حاجة ولا أكلت له دجاجة ولا فروجة
ولا شربت له ماء ، ولا فى بيتى فرش ولا حصير ولا بارية ، وينوى بالمكاتبة
مكاتبة الرقيق وبالتعريف جعله عريفاً ، وبالأعلام جعله أعلم الشفه ، والحاجة
شجرة صغيرة ، والدجاجة الكنة من الغزل ، والفروجة الدراعة والفرش صغار
الإبل ، والحصير والحبس والبارية السكين التى يبرى بها . أو يقول : ما اعلان
عندى ودبعة ولا شيء يعنى بما الذى ، أو يقول ما فلان ههنا ويعنى موضعاً بعينه ،
أو يقول : والله ما أكلت من هذا شيئاً ولا أخذت منه ، يعنى الباقى بعد أخذه
وأكله ، فهذا وأشباهه مما يسبق الى فهم السامع خلافاً إذا عناه يمينه فهو تأويل ،
لأنه خلاف الظاهر ولا يخلو حال الخالف المتأول من ثلاثة أحوال

أحدها أن يكون مظلوماً ، مثل من يستحلفه ظالم على شيء لو صدقه لظلمه أو
ظلم غيره ، أو قال مسلماً منه ضرر فهذا له تأويله .

قال منها : سألت أحمد عن رجل له امرأتان اسم كل واحدة منهما فاطمة ،
فماتت واحدة منهما فخلف بطلاق فاطمة ونوى التى ماتت . قال ان كان
المستحلف له ظالماً فالنية نية صاحب الطلاق ؛ وإن كان المطلق هو الظالم فالنية

نية الذي استخلف، وقد روى أبو داود بإسناده عن سويد بن حنظلة قال : « خرجنا نريد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنا وائل بن حجر فأخذه عدو له فتخرج القوم أن يحلفوا فحلفت أنه أخى نخلي سبيله ، فأتينا رسول الله (ص) فذكرت له ذلك فقال : أنت أبرهم وأصدقهم ، المسلم أخو المسلم ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن في المعاريض لمدوحة عن الكذب ، يعنى سعة المعاريض التى يؤم بها السامع غير ما عناه .

قال محمد بن سيرين : الكلام أوسع من أن يكذب ظريفاً ، يعنى لا يحتاج أن يكذب لكثرة المعاريض ، وخص الظريف بذلك يعنى به الكيس الفطن ، فإنه يظن للتأويل فلا حاجة به الى الكذب

الحال الثانى : أن يكون الحالف ظالماً كالذى يستخلفه الحاكم على حق عنده فهذا ينصرف يمينه الى ظاهر اللفظ الذى عناه المستخلف ، ولا ينفع الحالف تأويله ، وبهذا قال الشافعى ولا نعلم فيه مخالفاً ، فإن أباهريرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يمينك على ما يصدقك به صاحبك ، رواه مسلم وأبو داود وعن أبى هريرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اليمين على نية المستخلف ، رواه مسلم ، وقالت عائشة : اليمين على ما وقع للمحلف له ، ولأنه لو ساع التأويل لبطل المعنى المبتغى باليمين : إذ مقصودها تخويف الحالف ليرتدع عن الجحود خوفاً من عاقبة اليمين الكاذبة فتمت ساع التأويل له انتفى ذلك وصار التأويل وسيلة إلى جحد الحقوق ولا نعلم فى هذا خلافاً .

قال إبراهيم فى رجل استخلفه السلطان بالطلاق على شىء فورى فى يمينه الى شىء آخر أجزأ عنه ، وإن كان ظالماً لم تجزى عنه التورية

الحال الثالث : لم يكن ظالماً ولا مظلوماً ، فظاهر كلام أحمد أن له تأويله فروى أن مهنا كان عنده هو والمروذى وجماعة فجاء رجل يطلب المروذى ولم يرد المروذى أن يكلمه ، فوضع مهنا أصبعه فى كفه وقال ليس المروذى ههنا وما يصنع المروذى ههنا ؟ يريد ليس هو فى كفه ولم ينكر ذلك أبو عبد الله . وروى أن مهنا قال له : أنى أريد الخروج يعنى السفر الى بلده وأحب أن تسمى الجزء الفلانى فأسمعه

إياه ثم رآه بعد ذلك فقال : ألم تقل إنك تريد الخروج ؟ فقال له منها : قلت لك إنني أريد الخروج الآن ؟ فلم يذكر عليه ، وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم في هذا خلافاً روى سعيد عن جرير عن المغيرة قال : كان إذا طلب إنسان إبراهيم ولم يرد إبراهيم أن يلقاه خرجت إليه الخادم وقالت اطلبوه في المسجد ، وقال له رجل إنني ذكرت رجلاً بشيء فكيف لي أن أعتذر إليه ؟ قال قل له والله إن الله يعلم ما قلت من ذلك من شيء ، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يمزح ولا يقول إلا حقاً ، ومزاحه أن يوم السامع بكلامه غير ما عناه وهو التأويل ، وقال لعجوز : لا تدخل الجنة عجوز ، يعني أن الله ينشئ من أبقاراً عرباً أتراباً .

وقال أنس : أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله احملني فقال رسول الله : أنا حاملك على ولد الناقة . قال : وما اصنع بولد الناقة ؟ قال : وهل تلد الأبل إلا النوق ؟ ، رواه أبو داود .

وقال لامرأة وقد ذكرت له زوجها وأهو الذي في عينه بياض ، فقالت يا رسول الله انه لصحيح العين ، وأراد النبي صلى الله عليه وسلم البياض الذي حول الحدق . وقال لرجل احتضنه من ورأه : من يشتري هذا العبد ؟ ، فقال يا رسول الله تجدني إذا كاسداً قال : ولكنك عند الله است بكاسد ، وهذا كله من التأويل والمعارض وقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم حقاً ، فقال : لا أقول إلا حقاً ،

وروى عن شريح أنه خرج من عند زياد وقد حضره الموت ، فقيل له كيف تركت الأمير ؟ قال تركته يأمر وينهى ، فلما مات قيل له كيف قلت ذلك ، قال ؟ تركته يأمر بالصبر وينهى عن البكاء والجزع .

ويروى عن شقيق أن رجلاً خطب امرأة وتحتة أخرى ، فقالوا لا نزوجك حتى تطلق امرأتك ، فقال اشهدوا أني قد طلقت ثلاثاً ، فزوجوه فأقام على امرأته فقالوا قد طلقت ثلاثاً قال ألم تعلموا انه كان لي ثلاث نسوة فطلقتهن ؟ قالوا بلى ، قال قد طلقت ثلاثاً ، فقالوا ما هذا أردنا ، فذكر ذلك شقيق لعثمان فجعلها نيته وروى عن الشعبي انه كان في مجلس فنظر إليه رجل ظن انه طلب منه التعريف به والثناء عليه ، فقال الشعبي ان له بيتاً وشرفاً ، فقيل للشعبي بعد ما ذهب الرجل تعرفه ؟ قال لا ، ولكنه نظر إلى ، قيل فكيف أثبتت عليه ؟ قال شرفه اذناه

وبيته الذي يسكنه . وروى أن رجلا أخذ على شراب ، فقيل له من أنت ؟ فقال :

أنا ابن الذي لا ينزل الدهر قدره وإن نزلت يوما فسوف تعود ترى الناس أفواجا على باب داره فمنهم قيام حولها وقعود فظنوه شريفا فخلوا سبيله ، فسألوا عنه فإذا هو ابن الباقلائي ، وأخذ الخوارج رافضيا فقالوا له : تبرأ من عثمان وعلى ، فقال أنا من علي ومن عثمان بريء ، فهذا وشبهه هو التأويل الذي لا يعذر به الظالم ويسوع لغيره ، مظلوماً كان أو غير مظلوم ، لأن النبي (ص) كان يقول ذلك في المزاح من غير حاجة به إليه .
(فصل) والمستحيل نوعان :

أحدهما مستحيل عادة كصعود السماء والطيران وقطع المسافة البعيدة في مدة قليلة ، فإذا حلف على فعله انعقدت يمينه ، ذكره القاضي وأبو الخطاب ، لأنه يتصور وجوده ، فإذا حلف عليه انعقدت يمينه ولزمته الكفارة في الحال لأنه مأیوس من البر فيما فوجبت الكفارة ، كما لو حلف ليطلق امرأته فماتت والثاني : المستحيل عقلا ، كرد أمس وشرب الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه ، فقال أبو الخطاب لا تنعقد يمينه ولا تجب بها كفارة ، وهو مذهب مالك ، لأنها يمين قارنها ما يحلها فلم تنعقد ، كيمين الغموس ، أو يمين على غير متصور فأشبهت يمين الغموس ، وهذا لأن اليمين إنما تنعقد على متصور أو متوهم التصور وليس ههنا واحد منهما .

وقال القاضي تنعقد موجبة للكفارة في الحال وهذا قول أبي يوسف والشافعي لأنه حلف على فعل نفسه في المستقبل ولم يفعل ، كما لو حلف ليطلق امرأته فماتت قبل طلاقها وبالقياس على المستحيل عادة ولا فرق بين أن يعلم استحالة أو لا يعلم مثل أن يحلف لشرب الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه فالحكم واحد فيمن علم أنه لا ماء فيه ومن لا يعلم . وإن حلف لقتل فلانا وهو ميت فهو كالمستحيل عادة لأنه يتصور أن يحييه الله فيقتله وتنعقد يمينه على قول أصحابنا ، وإن حلف لأقتل الميت ، يعني في حال موته ، فهو مستحيل عقلا فيكون فيه من الخلاف ما قد ذكرناه .

(فصل ل) فإن قال والله ليفعلن فلان كذا أو لا يفعل أو حلف على حاضر فقال والله لتفعلن كذا فأحشيه ولم يفعل فالكفارة على الحالف كذلك قال ابن عمر وأهل المدينة وعطاء وقتادة والأوزاعي وأهل العراق والشافعي لأن الحالف هو الحائن فكانت الكفارة عليه كما لو كان هو الفاعل لما يحشيه ولأن سبب الكفارة إما اليمين وإما الحنث أو هما وأي ذلك قدر فهو موجود في الحالف ، وإن قال : أسألك بالله لتفعلن وأراد اليمين فهي كآتي قبلها ، وإن أراد الشفاعة إليه بالله فليس بيمين ولا كفارة على واحد منهما .

وإن قال بالله لتفعلن فهي يمين لأنه أجاب بجواب القسم إلا أن ينوي ما يصرفها وإن قال بالله أفعل فليست يميناً لأنه لم يجبها بجواب القسم ولذلك لا يصلح أن يقول والله أفعل ولا بالله أفعل وإنما صلح ذلك في التاء لأنها لا تختص بالقسم فيدل على أنه سؤال فلا تجب به كفارة .

فصل

وثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بإبرار المقسم ، رواه البخاري وهذا والله أعلم على سبيل الذنب لا على سبيل الإيجاب بدليل أن أبا بكر قال : أقسمت عليك يا رسول الله صلى الله عليه وسلم لتخبرني بما أصبت مما أخطأت فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تقسم يا أبا بكر ، ولم يخبره ولو وجب عليه إبراره لآخبره ويحتمل أن يجب عليه إبراره إذا لم يكن فيه ضرر ويكون امتناع النبي صلى الله عليه وسلم من إبرار أبي بكر لما علم من الضرر فيه ، وإن أجابه إلى صورة ما أقسم عليه دون معناه عند تعذر المعنى لحسن فإنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : أن العباس جاءه برجل ليبايعه على الهجرة فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا هجرة بعد الفتح .

وقال العباس : أقسمت عليك يا رسول الله صلى الله عليه وسلم لتبايعنه فوضع النبي صلى الله عليه وسلم يده في يده وقال : أبررت قسم عمي ولا هجرة ، وأجابه إلى صورة المبايعة دون ما قصد يمينه .

(فصل) ويستحب إجابة من سأل بالله لما روى ابن عمر قال . قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم من استعاذ بالله فأعذوه ، ومن سألكم بالله فأعطوه ، ومن استجار بالله فأجروه ، ومن أتى اليكم معروفا فكافئوه : فإن لم تجدوا فادعوا له حتى تعلموا أن قد كافأوه .

عن أبي ذر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثلاثة يحبهم الله وثلاثة يبغضهم الله : أما الذين يحبهم الله فرجل سأل قوما فسألهم بالله ولم يسألهم بقرابة بينه وبينهم فتخلف رجل بأعقابهم فأعطاه سرا لا يعلم بعطيته إلا الله عز وجل والذي أعطاه ، وقوم ساروا ليلتهم حتى إذا كان النوم أحب إليهم مما يعدل به فوضعوهم أرضهم فقام يثملقني ويتلوا آياتي ، ورجل كان في سرية فلقوا العدو فهزموا فاقبل بصدرة حتى يقتل أو يفتح له . والثلاثة الذي يبغضهم الله الشيخ الزاني والفقر المختال ، والغنى الظلوم ، رواهما النسائي .

فصل

إذا قال حلفت ولم يكن حلف فقال أحمد هي كذبة ليس عليه يمين وعنه عليه الكفارة لأنه أقر على نفسه ، والاول هو المذهب لأنه حكم فيها بينه وبين الله تعالى فإذا كذب في الخبر به لم يلزمه حكمه كما لو قال ما صليت وقد صلى . ولو قال على يمين ونوى الخبر فهي كالتى قبلها ، وإن نوى القسم فقال أبو الخطاب هي يمين ، وهو قول أصحاب الراى .

وقال الشافعى : ليس بيمين لأنه لم يأت باسم الله تعالى المعظم ولا صفته فلم يكن يمينا كما لو قال حلفت . وهذا أصح إن شاء الله فإن هذه ليست صيغة اليمين والقسم وإنما هي صيغة الخبر فلا يكون بها حالفا ، وإن قدر ثبوت حكمها لزمه أقل ما يتناول الاسم وهو يمين ما وليست كل يمين موجبة للكفارة فلا يلزمه شيء . ووجه الاول أنه كناية عن اليمين ، وقد نوى بها اليمين فتكون يمينا كالاصريح .

(فصل) وإذا حلف على ترك شيء أو حرمه لم يصر محرما ، وقال أبو حنيفة يصير محرما لقول الله تعالى (لم تحرم ما أحل الله لك) وقوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ، ولأن الحنث يتضمن هتك حرمة الاسم المعظم فيكون حراما ولأنه إذا حرمه فقد حرم الحلال فيحرم كما لو حرم زوجته .

ولنا أنه إذا أراد التكفير فله فعل المحلوف عليه وحل فعله مع كونه محرماً تناقض وتضاد، والعجب أن أبا حنيفة لا يجوز التكفير إلا بعد الحنث وقد فرض الله تعالى تحلة اليمين فعلى قوله يلزم كون المحرم مفروضاً أو من ضرورة المفروض لأنه لا يصل إلى التحلة إلا بفعل المحلوف عليه وهو عنده محرم وهذا غير جائز ولأنه لو كان محرماً لوجب تقديم الكفارة عليه كالظهار ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأتت الذي هو خير وكفر عن يمينك» فأمر بفعل المحلوف عليه ولو كان محرماً لم يأمر به وسماه خيراً والمحرم ليس بخير، وأما الآية فإنما أراد بها قوله هو على حرام أو منع نفسه منه وذلك يسمى تحريماً قال الله تعالى (يحلوته عاماً ويحرمونه عاماً) وقال (وحرّموا ما رزقهم الله) ولم يثبت فيه التحريم حقيقة ولا شرعاً

(ثم الجزء التاسع من المغنى ويليه الجزء العاشر إن شاء الله)

(فهرس الجزء التاسع من المفتى)

٣ وجوب الرجم على الزاني المحصن ٤ ثبوت الرجم عن رسول الله (ص)

٥ صفة رجم الرجل الزاني والمرأة الزانية

٦ حكم ما لو هرب المرجوم - اجتماع الجلد والرجم ٧ شروط الإحصان

١٠ عدم اشتراط الاسلام في الإحصان ١١ شهادة بينة الإحصان انه دخل بزوجه

١٢ ظهور أن الزاني محصن بعد جلده على أنه بكر. وينسلان ويكفنان ويصلى عليهما

حد الزنا للحر البكر ١٣ تغريب البكر الزاني حولا ١٥ ويخرج مع المرأة محرما

١٥ يجب أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين ١٦ لا يقام الحد على حامل

١٧ إقامة الحد على المريض وأقسامه ١٨ حد العبد والأمة إذا زنيا

١٨ لا تغريب على عبد ولا أمة ٢٠ حد العبد إذا عتق بعد زناه

٢٤ وجوب الحد والقيمة ٢٥ إذا فجر بأمة ثم قتلها . حقيقة الزاني ومعناه

٢٦ من تزوج من ذات محارمه ووطئها ٢٧ كل نكاح أجمع على بطلانه فهو زنا

٢٧ وجوب الحد وعدمه في نكاح مختلف فيه ولا يجب الحد بوطء جارية مشتركة

٢٨ فإن زفت إليه غير زوجته وقبل هذه زوجته فوطئها

٢٨ ولا حد على من لا يعلم تحريم الزنا . حكم من وطئ جارية غيره

٣٠ لا حد على مكرهه ٣٠ حكم ما لو أكره الرجل فزنى ٣١ حكم اللواط

٣٢ حكم مساحقة النساء مع بعضهن وإتيان البهائم وحكمه والحد فيه

٣٣ وجوب قتل البهيمة المأتية ٣٤ إنما يجب الحد على الزاني إذا أقر به أربع مرات

٣٦ إقرار الرجل بالزنا بامرأة وتكذيبها له

٣٦ من شروط وجوب الحد الصحة والبلوغ والعقل ٣٧ النائم مرفوع عنه القلم

٣٨ حكم اقرار الآخرس . لا يصح الاقرار من المكره ، فإن أقر انه وطئ امرأة

وادعى أنها امراته وأنكرت

٣٩ من شروط إقامة الحد بالاقرار البقاء عليه حتى يتم الحد

٤٠ شروط شهود الزنا ٤٣ وجوب الحد على شهود الزنا إذا لم يكلوا أربعة

٤٤ حكم ما إذا كان شهود الزنا غير مرضيين

٤٥ رجوع شهود الزنا أو بعضهم عن الشهادة

- ٤٥ اختلاف شهود الزنا في مكانه أو زمانه أو صفته
- ٤٨ حكم الشهادة بالزنا القديم . جواز الشهادة بالحد من غير مدع
- ٤٩ حكم ما لو شهد أربعة بالزنا على امرأة فشهد ثقات أنها عذراء
- ٥٠ حكم الشهادة على الشهود انهم الزناة . لا يقيم الامام الحد بعلمه
- ٥١ حكم ما لو حبلت امرأة لزوج لها ولا سيد ٥٢ رجوع المقر بالزنا عن اقراره
- ٥٣ تعريض الحاكم للمقر بالرجوع عن اقراره
- ٥٤ تكرار فعل ما يوجب الحد انما يجب فيه حد واحد
- ٥٤ تحاكم أهل الذمة اليما في اقامة الحدود
- ٥٦ وان تحاكم مسلم وذمي . حكم ما لو قذف بالغ حراً مسلماً
- ٥٦ معنى المحصنات في كتاب الله تعالى
- ٥٧ ويجب الحد على قاذف الخصى والمجبوب وأمثالهما ٥٧ شروط اقامة الحد
- ٥٧ اذا طالب المقذوف ولم يكن للقاذف بينة
- ٥٨ اذا قذف من لم يبلغ لم يقم عليه الحد حتى يبلغ المقذوف . حد العبد والامة
- في القذف . يجلد العبد بسوط دون الذي يجلد به الحر
- ٥٩ لم يجب الحد بقذف الولد وان نزل ٦ أحكام القذف بعمل قوم لوط
- ٦٢ انما يجب الحد على القاذف بلفظ صريح وأحكام التعريض بالقذف
- ٦٣ السباب والشتم الذي يوجب التعزير
- ٦٣ وجوب الحد في نفي الرجل عن أبيه أو قبيلته
- ٦٤ واذا قذف رجل رجلاً فقال آخر صدقت قال صدق قاذف
- ٦٤ القذف بصيغة أفعل التفضيل ٦٥ وان قال زنا
- حكم ما لو قال لرجل يا زانية أو لامرأة يا زان
- ٦٦ من قال لرجل زنت بفلانة كان قاذفاً لها
- ٦٦ حكم ما لو قذف رجلاً فزنى المقذوف قبل الحد
- ٦٧ د قذف من له دون عشر سنين أو مسلمة دون التسع
- ٦٧ وان اختلف القاذف والمقذوف في السن ٦٩ قذف الملا عنه ووجوب الحد به
- ٧٠ مطالبة الولد بمحد قذف أمه وأحواله

- ٧٢ قذف أم النبي صلى الله عليه وسلم وكون حده للقتل ، وقذف النبي (ص)
وأمه ردة وخروج عن الملة . قذف الجماعة بكامة واحدة فيه حد واحد
- ٧٣ حكم من قذف الجماعة بكلمات ٧٤ وإذا قال لرجل يا ابن الزانية فهو قاذف
لها بكامة واحدة ٧٤ حكم مالهو قذف زجلا مرات ٧٥ حكم من أتى حداً
خارج الحرم ثم لجأ إلى الحرم ٧٨ حكم من قتل في الحرم أو أتى فيه حداً
(باب القطع في السرقة)
- ٧٩ شروط القطع السبعة . ليس على الخائن والمختلس قطع ٨٠ من شروط القطع
أن يكون المسروق نصاباً ٨١ من سرق من غير الذهب والفضة ما قيمته
ثلاثة دراهم قطع ٨٢ حكم مالهو سرق ربع دينار من المضروب الخاص
الشرط الثالث من شروط القطع أن يكون المسروق مالا
- ٨٤ وإن سرق عبداً صغيراً . وإن سرق ماء ٨٥ ما عدا ما تقدم من الأموال في
سرقته القطع . لا قطع فيما أصله مباح ولا في القرون وإن كانت معموله
- ٨٦ مالهو سرق مصحفاً ومالهو سرق عينا موقوفة ٨٧ بيان صفة الحرز
- ٨٨ السرقة من الفسطاط وحرز البقل وقدور الباقلاء . ضروب الأبل والكلام
على سرقتهما ٨٩ من سرق من الخنم ولا حافظ فيه ٩٠ في حرز حائط الدار
وفي السرقة من الكعبة ٩١ مالهو أجر داره ثم سرق متاع المستأجر منها
- ٩٢ فصول في السرقة والغصب والاحراز ٩٣ متى أخرج المتاع من الحرز
وجب القطع ٩٤ مالهو دخل السارق حرزاً فاحتلب لبناً
- ٩٥ وإذا نقب الحرز فأخرج ما دون النصاب . إذا كان المسروق ثمراً . أو كثيراً
فلا قطع فيه ٩٦ السرقة من الثمر المعلق ٩٧ ابتداء قطع السارق
- ٩٨ كيفية القطع حين تعدد السرقة ٩٩ يقطع السارق بأسرع ما يمكن وتوضع يده
في عنقه . لا قطع في شدة حر ولا برد . إذا سرق مرات قبل القطع أجزاء
قطع واحد عن جميعها ١٠٠ ومن سرق ولا يمين له قطعت رجله اليسرى
- ١٠١ من سرق وله يمين فقطعت في قصاص الخ . من سرق فقطع الجذاذ يساره
بدلاً عن يمينه أجزاء ١٠٢ لا يقطع غير يد ورجل ويحبس إن عاد
- ١٠٣ مالهو سرق من يده اليسرى مقطوعة

١٠٤ الحر والحررة والعبد والأمة في القطع ١٠٥ يقطع الأبق بسرقة وغيره الخ
١٠٥ يقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذي الخ ١٠٦ يقطع السارق وان وهبت له
السرقه بعد إخراجها . وان أقر المسروق منه ان المسروق كان ملكا للسارق

١٠٧ ما لو أخرج السرقة وقيمتها ثلاثة دراهم فنقصت قبل القطع
١٠٧ ان كانت السرقة باقية ردت لصاحبها والا فله قيمتها ١٠٨ واذا فعل في الدين
فعلا نقصها به كقطع الثوب ١٠٩ ما لو أخرج النباش كفنا من القبر قيمته
ثلاثة دراهم ١١٠ لا قطع في محرم ولا آله لحو ١١١ من سرق صليبا
من ذهب . لا يقطع الوالد فيما أخذ من مال ولده

١١٣ سرقة أحد الزوجين من الآخر والسرقة من بيت المال ١١٤ من سرق من
الوقف وهو من الموقوف عليه ١١٥ لا قطع الا بشهادة عداين أو اعتراف
مرتين . ما لو اختلف الشاهدان ١١٧ لا ينزع عن إقراره حتى يقطع

١١٧ لا بأس بتلقي السارق ليرجع عن إقراره ١١٨ اشتراك الجماعة في سرقة
قيمتها ثلاثة دراهم ١١٩ ان كان أحد الشريكين لا قطع عليه قطع شريكه
١٢٠ ما لو نقب أحدهما وحده وأخرج الآخر المتاع وحده

١٢١ لا يقطع وان اعترف حتى يأتي مالك المسروق يدعيه

١٢١ ولو أقر بسرقة من رجل فأنكر المالك

(كتاب قطاع الطريق)

١٢٣ يشترط في المحاربين أن يكون معهم سلاح وان يأتوا مجاهرة

١٢٥ سبب نزول جبريل بحد قطاع الطريق ١٢٦ الكلام في الصلب وفيه ثلاثة أمور

١٢٧ من مات قبل قتله لم يصلب الخ ١٢٨ ما لو جرح المحارب جرحا في مثله قصاص

١٢٩ لا يقطع منهم الا من أخذ ما يقطع السارق في مثله ١٣٠ بيان نفى المحاربين

فإن تابوا من قبل أن يقدر عليهم سقطت عنهم حدود الله تعالى

١٣١ ما لو فعل المحارب ما يوجب حدا لا يختص المحاربة . فيمن تاب من المحاربين

وأصلح ١٣٢ حكم الردء حكم المباشر ولا حد على الصبي والمجنون

١٣٣ ما لو كان في المحاربين امرأة . يجب الضمان على الاخذ دون الردء

١٣٤ اذا اجتمعت الحدود لم تخل من ثلاثة أقسام

١٣٤ أقسام حدود الادميين ١٣٧ ما لو سرق وقتل في المحاربة

١٣ واذا شهد عدلان على رجل انه قطع عليهما الطريق

(كتاب الاشربة)

١٣٩ من شرب مسكرا جلد ثمانين ١٤٠ مذهب ابى حنيفة في عصير العنب الخ

١٤٠ الفصل الثاني يجب الحد على من شرب قليلا من المسكر

١٤١ وان ترد بالخمر أو اصطبغ به أو طبخ به لحما فأكل من مرفته

الفصل الثالث في قدر الحد ١٤٢ الفصل الرابع ان الحد انما يلزم من شربها

مختارا ١٤٣ الفصل الخامس يلزم الحد من شربها عالما أن كثيرها يسكر

لا حد بوجود الرائحة من الفم ولا بينة الا رجلين

١٤٥ ان مات في جلده فالحق قتله . فروع في ضمان ما حصل بزيادة الحد

١٤٦ حد السكر الذي يحصل به فسق شارب النبيذ

١٤٧ الضرب بالسوط لا يمد ولا يربط ١٥٠ تضرب المرأة جالسة كيلا تنكشف

١٥٠ يجلد العبد والامة أربعين بدون سوط الحر

١٥١ اذا أتى على العصير ثلاثة أيام حرم الا أن يغلى وكذلك النبيذ ١٥٢ والخمر بخسة

في قول عامة أهل العلم . حكم ما طبخ من العصير والنبيذ قبل غليانه

١٥٢ كراهة نبذ شيتين في الماء ١٥٣ الخمر اذا فسدت لم تزل عن حرمتها

١٥٥ الشرب في آنية الذهب والفضة حرام ويحرم اتخاذ الآنية من الذهب والفضة

وتباح الضبة من فضة بثلاث شرائط ١٥٦ لا يباح شيء مما تهدم من ذهب

غير قببعه السيف ١٥٧ ولا يبلغ بالتعذير الحد ١٥٩ التعذير يكون بالضرب والحبس

١٦٠ ما تلف من التعذير و... لا يضمن ١٦٢ واذا حمل عليه جمل صائل فلم يقدر

على الامتناع منه الا بضربه ١٦٣ حكم ما لو دخل منزله بالسلاح فأمره

بالخروج فلم يفعل ١٦٥ اذا صال على انسان صائل يريد ماله أو نفسه أو

يريد امرأة ليزني بها . من وجد رجلا يزني بامرأته فقتله فلا قصاص عليه

١٦٦ حكم ما لو قتل رجلا وادعى أنه هجم منزله ١٦٧ ولو عض رجل يد آخر

١٦٨ حكم من أطلع في بيت انسان فرماه بحصاة

- ١٦٩ ما أفست البهائم بالليل فهو مضمون على أهلها
 ١٧٠ ان ألقف البهيمة غير الزرع لم يضمها مالكم
 ١٧١ ومن اقتنى كلبا عقورا. مسائل في جناية الدواب. ما جنت برجلها فلا ضمان عليه
 ١٧٢ فان كان على الدابة راكبان. والجمل المقطور ١٧٣ وان وقفت الدابة في
 طريق ضيق. وان اصطدم الفارسان وان كان أحدهما يسير بين يدي الآخر
 ١٧٤ حكم ما لو تصادما نفسان يشيان فماتا ١٧٥ المنحدرة على المساعدة
 ١٧٦ حكم ما لو خيف الغرق على السفينة فألقى بعض الركبان متاعه
 ١٧٧ واذا حرق السفينة فغرقت بما فيها

كتاب الجهاد

- ١٧٨ الجهاد فرض على الكفاية ١٧٩ يتعين الجهاد في ثلاثة مواضع. المواطن
 التي تجب الجهاد فيها وشروط الجهاد السبعة ١٨١ لا شيء بعد الفرائض أفضل من
 الجهاد ويجب كل عام مرة ١٨٢ غزو البحر أفضل من غزو البر
 قتال أهل الكتاب أفضل ١٨٣ الغزو مع كل بر وفاجر — لا يستصحب
 الأمير مخذلا ولا مرجفا الخ ١٨٤ يقاتل كل قوم من يليهم من العدو
 أمر الجهاد موكول الى الامام ١٨٥ يشيع الرجل اذا خرج للغزو ولا يتلقى
 ١٨٦ تمام الرباط أربعون يوما ١٨٧ أفضل الرباط المقام بأشد الثغور خوفا
 ١٨٨ الأحاديث في فضل الشام ١٨٩ يكره نقل النساء والذرية الى الثغور
 ١٩٠ الحرس في سبيل الله تعالى — من كان أبواه مسلمين لم يجاهد تطوعا الا
 بإذنها ١٩١ اذا خوطب بالجهاد فلا اذن لو والديه وكذا باقي الفرائض
 وان خرج في جهاد تطوع بإذنها ثم رجعا في الاذن ١٩٢ ومن عليه دين
 حل أو مؤجل ١٩٣ يقاتل أهل الكتاب والمجوس ولا يدعون
 الأمر بالدعوة قبل القتال ١٩٤ يقاتل أهل الكتاب والمجوس
 ١٩٤ حتى يسلوا أو يعطوا الجزية ١٩٥ من يقر ببذل الجزية ومن لا يقر
 ١٩٦ اذا جاء العدو وجب على الناس ان ينفروا المقل والمكثر
 ١٩٧ لا يدخل مع المسلمين الى أرض العدو من النساء الا المستنة

- ١٩٨ ينبغي للامام الرفق بجيشه ٢٠٠ أقسام المبارزة ومعنى المبارزة التي يعتبر لها إذن الإمام ٢٠١ تجوز الخدعة في الحرب للمبارز
- ٢٠٢ حكم ما فضل من أعطى شيئا يستعين به في غزاته ٢٠٢ إذا حمل الرجل على دابة فهي له حين الرجوع من الغزو ٢٠٣ من أسر من أهل الحرب على ثلاثة أضرب ٢٠٤ الدليل على جواز المن والفداء وفعل ما فيه المصلحة
- ٢٠٥ إن أسلم الأسير صار رقيقا في الحال ٢٠٦ حكم ما لو سأل الأسارى من أهل الكتاب تخليتهم على إعطاء الجزية - إذا كان الكافر مولى مسلم لم يجز استرقاقه ٢٠٧ سبيل من استرق منهم وما أخذ منهم سبيل الغنيمة
- ٢٠٧ النساء والصبيان يصيرون رقيقا بالسبي ٢٠٨ لم يكن لمن أسر أسيرا أن يقتله حتى يأتي به الإمام ٢٠٩ حكم من أسر فادعى أنه كان مسلما وحكم التنفيل
- ٢١٠ النفل بالثلث أو الربع إلى الإمام ٢١١ يجوز للامام أن ينفل بعض الجيش وليس للنفل حد - حكم ما لو قال الأمير من فعل كذا فله كذا
- ٢١٤ النفل من أربعة أخماس الغنيمة ٢١٥ يرد من نفل على من معه في السرية الخ
- ٢١٦ حكم ما لو قتل واحدا منا أحدا منهم الخ ٢١٧ السلب للقاتل في كل حال إلا أن ينهزم العدو - من قتل قتيلا فله سلبه ولو كان كثيرا
- ٢١٨ يستحق السلب بشروط أربعة ٢١٩ حكم ما لو قتله أو أنخنه بجراح تجعله في حكم المقتول ٢٢٠ ذكر الخلاف في تخميس السلب
- ٢٢١ في أن القاتل يستحق السلب ٢٢٢ قصة سلب شبر بن علقمة والبراء
- ٢٢٣ الدابة وما عليها من آلتها من السلب الخ ٢٢٤ فرق ما بين السلب وما ليس بسلب - للفارس من السلب ٢٢٥ لا تقبل دعوى القتل إلا بينه
- ٢٢٦ ويجوز سلب القتلى وتركهم عراة - من أعطاهم الأمان منا جاز أمانه
- ٢٢٧ يصح أمان الأسير إذا عقده غير مكروه - لا يصح أمان الكافر
- ويصح أمان الإمام للكفار - ويصح أمان الإمام للأسير
- ٢٢٨ إذا شهد إثنان أو أكثر من المسلمين أنهم آمنوه ٢٢٩ من طلب الأمان ليسمع كلام الله ويعرف شعائر الإسلام ٢٣٠ ما لو طلب الأمان ليفتح الحصن ٢٣٢ إذا قال الرجل كف عني حتى أدلك على كذا

٢٣٢ ما لو دخل حربي دار الاسلام بغير امان ٢٣٣ الغنيمة لمن شهد الواقعة أو الاعتبار بحالة الاحراز — مقدار ما يعطى الفارس وغيره

٢٣٥ تفضيل العربي على غيره من الخيل ٢٣٦ لا يسهم لاكثر من فرسين لرجل واحد ٢٣٨ وما عدا الخيل والابل لا يسهم لها — ينبغي للامام تعاقد الخيل ومن مات بعد إحراز الغنيمة قام وارثه مقامه ٢٣٩ يعطى الرجل سهماً سواء كانت الغنيمة من حصن أو مدينة ٢٣٩ يرضخ للراة والعبد

٢٤١ المدير والمكاتب كالقن لانهم عبيد — الخنثى المشكل يرضخ له

٢٤٢ يسهم للكافر إذا غزا معنا ٢٤٣ لا يستعان بمشرك

٢٤٤ لا يبلغ بالرضخ للفارس سهم فارس . أول ما يبدأ في قسمة الغنائم بالاسلاب

٢٤٥ ما لو غزا العبد على فرس لسيدته ٢٤٦ من استعار فرساً ليغزو عليه أو غصبه

ما لو استأجر فرساً ليغزو عليه ٢٤٧ لا يجوز تفضيل بعض الغانمين على بعض

إذا أحرزت الغنيمة لم يكن فيها لمن جاءهم مدداً أو هرب

٢٤٩ من بعثه الأمير لمصلحة الجيش فلم يحضر الغنيمة — قوم خلفهم الأمير في

بلاد العدو وغزا وغنم ولم يمر بهم فرجعوا ٢٥١ لا يفرق بين الوالد وولده

ولا بين الوالدة وولدها فيمن سبي ٢٥٢ ان فرق بينهما بالبيع فالبيع فاسد

والجد كالأب والجددة كالأم — لا يفرق بين أخوين ولا أختين

٢٥٤ من سبي من الاطفال ٢٥٥ ما اذا سبي المتزوج من الكفار

٢٥٧ ما لو أسلم الحربي في دار الحرب وله مال وعقار . اذا استأجر المسلم أرضاً

من حربي ثم استولى عليها المسلمون ٢٥٨ ما أخذته أهل الحرب من أموال

المسلمين ٢٥٩ ما لو أخذ مال المسلم أحد بهيمة أو سرقة فعرفه

٢٦١ يملك الكفار أموال المسلمين بالقهر ٢٦٢ الكافر الحربي إذا أسلم أو رذ

الناس بآمان ٢٦٣ وان أخذ من بيوتهم أو خارج منها مالا قيمة له في أنفسهم

٢٦٤ . لو وجد في دار الحرب ركاز . سؤال أحمد عن الدابة تخرج أو تنفلت

من الروم ٢٦٥ من وجد في دارهم لقطة ٢٦٧ لا يجوز العسل بالصابون

ولا لبس الثياب من المغنم ٢٦٨ الانتفاع بالجلود والكتب التي توجد في المغنم

٢٦٩ يشارك الجيش سراياه فيما غنمت وتشاركه فيما غنم

- ٢٧٠ حكم ما لو اشترى المسلم أسيراً من أيدي العدو
- ٢٧١ ما لو سبي المشركون من يؤدى إلينا الجزية ٢٧٢ يجب فداء أسرى المسلمين إذا أمكن . إذا حاز الأمير المغنم ووكل من يحفظها لم يجز أن يؤكل منها ٢٧٣ ما بيع من المغنم في بلاد الروم فغلب عليه العدو
- ٢٧٤ الرجل يشتري الجارية من المغنم معها الحلي — لا يجوز لأمير الجيش أن يشتري من مغنم المسلمين شيئاً . إذا حارب العدو لم يحرق بالنار
- ٢٧٥ لا يجوز التفریق إن قدر على غيره ويجوز تبليتهم
- ٢٧٦ وإن ترسوا في الحرب بنسائهم وصبيانهم . لو وقعت امرأة في صف الكفار أو على حصنهم فشتت المسلمين . حكم ما لو ترسوا بمسلم
- ٢٧٧ لا يجوز تغريق النحل ٢٧٨ لا تعقر شاة ولا دابة إلا لاكل لا بد لهم منه
- ٢٨٠ لا يقطع شجرهم ولا يحرق زرعهم
- ٢٨١ لا يجوز التزويج في أرض العدو إلا أن تغلب عليه الشهوة
- ٢٨٢ فصل في الهجرة . ضروب الناس في الهجرة
- ٢٨٤ حكم من دخل إلى أرض العدو بأمان لم يخنهم . ما لو كان مع المسلمين عهد فنقضوه ٢٨٥ أهل الهدنة إذا نقضوا ، ومعنى الهدنة
- ٢٨٦ لا يجوز عقد الهدنة إلا على مدة مقدرة ٢٨٧ لا يجوز عقد الهدنة ولا الذمة إلا من الإمام ٢٨٨ حكم ما لو خاف الإمام نقض العهد منهم
- ٢٨٨ وإذا عقد الهدنة فعليه حمايتهم من المسلمين وأهل الذمة
- ٢٩٠ الشروط في عقد الهدنة . الوجوه التي تفارق بها المرأة الرجل في الرد .
- ٢٩٢ حكم ما لو استأجر الأمير قوما يغزون مع المسلمين
- ٢٩٤ حكم ما لو دخل قوم لا منعة لهم في دار الحرب فغنموا
- ٢٩٥ من سرق من الغنيمة حرق رحله ٢٩٦ ما لو لم يحرق رحله حتى استحدث متاعاً آخر ٢٩٧ ما لو ندم الغال وتاب ٢٩٨ لا يقام الحد على مسلم في أرض العدو . ٣٠٠ تقام الحدود في الثغر وإذا فتح حصن لم يقتل من لم يحتمل ، ولا تقتل امرأة ولا شيخ قان . لا يقتل زمن ولا أعمى ولا راهب
- ٣٠٢ من قاتل من النساء والمشايخ والرهبان قتل ٣٠٤ فروع في صفة الحكم

- ٣٠٦ حكم ما لو خلى الاسير مأ وحلف أن يبعث بشيء
- ٣٠٨ لا يحل لمسلم أن يهرب من كافرين ٣٠٩ معنى التحرف لقتال والتجهيز الى فئة
- ٣٠٩ حكم ما اذا كان العدو أكثر من ضعف المسلمين الخ
- ٣١٠ فإن جاء العدو بلدا فلاهله التحصن منهم . فإن ولى قوم قبل احرار الغنيمة وأحرزها الباقرن ٣١١ من أجر نفسه بعد أن غنموا على حفظ الغنيمة
- ٣١٢ فروع فيما لا يجوز أخذه من الغنيمة . فى صفة الامان
- ٣١٣ حكم ما لو أشار المسلم اليهم بما يروونه أمانا ٣١٤ اذا سببت كفره لجاء ابنها يطلبها ويفديها بأسير . ما لو سرق الغنيمة من له فيها حق
- ٣١٥ من وطئ جارية قبل قسم المغنم ٣١٧ ما لو كان فى الغنيمة من يعتق على بعض الغنائين . ويكره نقل رموس المشركين
- ٣١٨ يجوز قبول هدية الكفار من أهل الحرب
- (كتاب الجزية)
- ٣١٩ ولا تقبل الجزية الا من يهودى أو نصرانى أو مجوسى
- ٣٢٣ لا يجوز عقد الذمة المؤبدة الا بشرطين . ومن سواهم فالاسلام أو القتل
- ٣٢٤ طبقات من تؤخذ منهم الجزية ٣٢٦ وحد اليسار فى حقهم ما عده الناس غنى فى العادة . وإذا بذلوا الجزية لزم قبولها وحرم قتالهم
- ٣٢٦ يجب الجزية فى آخر كل حول ٣٢٧ عقد الذمة والهدنة من الامام
- يجوز اشتراط الضيافة فى عقد الذمة والعهد
- ٣٢٩ وإذا شرط فى عقد الذمة شرطا فاسدا فسد العقد . ولا جزية على صبي ولا مجنون ولا امرأة ولا فقير ٣٣٣ من وجبت عليه الجزية فأسلم قبل أن تؤخذ منه ٣٣٤ ان الذمى بعد الحول لم تسقط الجزية عنه
- ٣٣٤ اذا اجتمعت عليه جزية سنين استوفيت منه كلها
- ٣٣٥ لا تؤخذ الجزية من بنى تغلب وتؤخذ الصدقة مضاعفة من مال من تؤخذ منه الزكاة لو كان مسلما ٣٣٧ الجزية باسم الصدقة
- ٣٣٧ الفرق بين العرب وغيرهم فى وجوب الجزية
- ٣٣٨ اذا أاجر نصرانى تغلبى فمر بالعاشر يؤخذ منه العشر

- ٣٣٩ لا تؤكل ذبائح بني تغلب ولا تشكع نساؤهم
- ٣٤٠ لا يؤخذ العشر في العام إلا مرة ، ولا يؤخذ منهم من غير مال التجارة
- ٤٢ اختلفت الرواية في العاشر يمر عليه الذمي بخمر أو خنزير
جواز أخذ ثمن الخنزير عن جزية الروموس . وإذا مر الذمي بالعاشر
وعليه دين بقدر ما معه أو ينقص عن النصاب .
- ٣٤٣ وإذا دخل اليينا منهم تاجر حربى بأمان . مقدار ما يؤخذ منهم كل عام
- ٤٤ ليس لأهل الحرب دخول دار الإسلام بغير أمان
- ٤٥ ما ينتفض به العهد ومال ينتفض ٣٤٧ أقسام أمصار المسلمين
- ٣٤٨ حكم ما فتحه المسلمون عنوة ٣٤٩ ومن استحدث من أهل الذمة بناء لم يجوز
له منعه حتى الخ ٣٥٠ ولا يجوز لأحد منهم سكنى الحجاز
- ٣٥١ ويجوز لهم دخول الحجاز للتجارة . ليس للمشركين دخول الحرم
- ٥٢ فاما مساجد الحل فليس لهم دخولها بغير إذن
- ٥٣ أقسام المأخوذ في أحكام الذمة
- ٥٤ وإذا عقد معهم الذمة كتب أسماؤهم . حكم ما لو مات الامام أو عزل
- ٥٥ ومن هرب من ذمتنا الى دار الحرب . حكم ما لو تحاكم اليينا مسلم مع ذمي
- ٥٦ لا يجوز تصديرهم في المجالس . حكم ما لو سلم علينا أهل الذمة
- ٥٧ قول أبي الخطاب يمتنون عند أخذ الجزية الخ
- ٥٨ قول أحمد في الرجل له المرأة النصرانية . مصير أطفال المشركين
لا خلاف أن أطفال المسلمين في الجنة
- ٣٥٩ حكم من أسلم وشرط أن لا يصلى الا صلاتين
(كتاب الصيد والذبائح)
- ٣٥٩ ارسال الكلب المعلم وشروط ارسال الجارح
- ٦٠ أباح أبو حنيفة متروك التسمية في السهو دون العمد
- ٦١ الشرط الثالث أن يكون أرسل الجارح على الصيد
- ٦٢ الشرط الرابع أن يكون الجارح معلما

- ٣٦٣ الشرط الخامس أن لا يأكل من الصيد
- ٦٤ ، فإن شرب دمه ولم يأكل منه لم يحرم
- ٦٥ ، كل ما يقبل التعليم ويمكن الاصطياد به فحكمه حكم الكلب ، وهل يجب غسل أثر فم الكلب ؟ ٣٦٦ حكم ارسال البازي وصيد الكلب الاسود
- ٦٧ ، حكم ما اذا أدرك الصيد وفيه روح
- ٦٨ ، ان لم يكن معه ما يذكيه أشلى الصائد له عليه ليقنتله
- ٦٩ ، حكم ما اذا أرسل كلبه صح فأضاف معه غيره
- ٧٠ ، اذا صاد المجوسى بكلب مسلم لم يبيع صيده
- ٧١ ، واذا أرسل جماعة كلابا وسموا فوجدوا الصيد قتيلا
- ٧٢ ، حكم ما لو رمى الصيد فغاب عن عينيه
- معنى الاقصاص والائماء وحكم ما وجد بعد يوم الخ
- ٧٤ ، حكم ما لو رماه فوقع في ماء أو تردى من جبل
- ٧٦ ، ما لو رمى صيدا فأبان منه عضوا — الحسن كان لا يرى بالطريدة
- بأسا وما هي ٧٧ حكم نصب المناجل للصيد وما لو صاد بالمعراض
- ٧٨ ، حكم آلات الصيد حكم المعراض
- ٧٩ ، واذا رمى صيدا فعقره ثم رماه آخر فأثبته ورماه ثالث
- حكم ما لو رمى صيدا فأثبته ثم رماه آخر
- ٨٠ ، ما لو رمى الصيد اثنان معا فقتلاه
- حكم ما لو رمى صيدا فأصابه وبقى على امتناعه حتى دخل دار انسان
- ٨٢ ، واذا تعلق صيد في شرك انسان . ما لو كان في سفينة فوثبت سمكه في حجره
- ٨٣ ، لا يصاد السمك بشيء نحس ولا يؤكل صيد مرتد وان يدين بدين أهل الكتاب ؛ ومن ترك التسمية على الصيد عامدا لم يؤكل
- ٨٤ ، التسمية على الذبيحة معتبرة حال الذبح
- ٨٥ ، ما ند بعيره فلم يقدر عليه فرماه بسهم ٨٦ المسلم والكتابي في كل ما تقدم من وصف سواء ٢٨٧ وأما ما ذبحوه لكنائسهم
- ٣٨٨ لا يؤكل ما قتل بالحجر أو البندق لأنه موقوف

- ٢٨٩ لا يؤكل صيد المجوسى وذبيحته ٢٩٠ حكم سائر الكفار من عبدة
الاوثان حكم المجوسى وطعام المجوسى ليس به بأس، ما مات من الحيتان
فى الماء فهو حلال وان طفا ٢٩١ يباح أكل الجراد بإجماع أهل العلم
٢٩٢ ذكاة المقدور عليه من الصيد والانعام فى الحلق وللبه ٢٩٣ شرط الآلة
أن تكون محدودة وأن لا تكون سنا ولا ظفراً ٣٩٤ يستحب أن
ينحر البعير ويذبح ما سواه ٣٩٥ يسن الذبح بسكين حاد ولا تؤكل
المصبورة إلخ ٢٩٥ إن ذبح ما ينحر أو نحر ما يذبح جاز ٢٩٧ حكم مالو ذبحها
من قفاها وهو مخطىء فأتت السكين على موضع ذبحها ٢٩٧ ذكاة الجنين
بذكاة أمه أشعر أو لم يشعر ٣٩٨ لا يقطع عضو عما ذكى حتى ترهق نفسه
٣٩٩ فوائد حديث النبى صلى الله عليه وسلم فى شاة جارية كعب بن مالك
٤٠٠ حكم مالو ذبح الكتابى ما يزعم أنه محرم عليه ولم يثبت أنه كذلك
٤٠١ فى ذبح الأخرس والجنب ٤٠١ المنخقة والموقوذة والمتردية والنطيحة
وأكلة السبع ٤٠٢ حكم الشاة المريضة إذا ذبحت ٤٠٣ المحرم من الحيوان
ما نص الله عليه فى كتابه ٤٠٤ حكم القنفذ والحمر الأهلية ٤٠٥ البغال حرام
والبان الحمر وكل ذى ناب من السباع ٤٠٦ حكم أكل الفرد وابن آوى
والثعلب والفيل والدب ٤٠٧ كل ذى مخلب من الطير حرام وكذا
ما يأكل الجيف ٤٠٨ يحرم الخطاف والخفاش وما عدا ما ذكر فباح
٤٠٩ تباح الأرانب والوبر واليربوع ٤١٠ يباح من الطيور ما لم يذكره فى المحرمات
٤١١ يكره لحوم الجلالة وتزول الكراهة بحبسها ٤١٢ وتحرم الزرع والثمار إلخ
٤١٢ من اضطر الى الميتة فلا يأكل منها الا يأمن معه الموت ٤١٥ ومن مر بشجرة
فله الاكل ولا يحمل ٤١٦ فى الاكل من الزرع وفى ابن الماشية روايتان
٤١٩ ان لم يصب المضطر الا طعاما لم يبعه مالكة أخذه قهراً ٤٢٠ واذا اشتدت
المخمصة وعند رجل كفاية لم يكن عليه ان يذله . لا بأس بأكل الضب والضبع
٤٢٢ ولا يجوز التداوى به حرم ٤٢٢ لا يؤكل ما رمى بسهم مسموم
٤٢٣ حكم ما لا يعيش الا فى الماء ٤٢٥ حكم مالو وقعت النجاسة فى مائع كالدهن
وما أشبهه ٤٢٧ فى شعوم الميتة وشحم الخنزير

- ٤٢٧ خباز خبز خبزاً وباع منه ثم نظر في الماء فوجد فأراً ٤٢٨ قول أحمد أكره
أكل الطين ٤٢٨ حكم الثوم وذكر ما كرهه رسول الله (ص) من الشاة
٤٢٩ في الضيافة ٤٣٠ كراهة أكل الخبز السكبار ٤٣١ تستحب التسمية عند
الطعام وحمد الله في آخره ٤٣٢ يستحب ألا كل والشرب باليمين والأكل
بثلاث أصابع وكراهة قطع اللحم بالسكين ٤٣٤ الاضحية سنة وهي أفضل
من الصدقة بقيمتها ٤٣٥ حكم من أراد أن يضحي فدخل العشر الخ
٤٣٦ تجزى البدنة عن سبعة وكذلك البقرة ٤٣٧ لا بأس أن يذبح الرجل عن
أهله شاة واحدة ٤٣٨ ترتيب الاضاحي في الفضل والسنة استسمان الاضحية
٤٣٩ لا تجزى إلا الجذع من الضأن والثني من غيره ولا تجزى في الاضحية
غير بهيمة الانعام ٤٣٩ والجذع من الضأن ما دخل في الشهر السابع
٤٤٠ فيما يجتنب في الضحايا ٤٤٢ تجزى الخصى والجماء وتكره مشقوقة الاذن
٤٤٣ ولو أوجبها سليمة فعابت عنده فهي أضحية ٤٤٥ لا يشرب من لبن الاضحية
إلا الفاضل ويذبح ولدها معها ٥٤٧ إن ذبحها ناقصة لم تجزئه ولا تباع
أضحية الميت في دينه ٤٤٨ في الاضحية عن اليتيم ومسألة فيها يؤكل من الاضحية
٤٤٩ قسم الاضحية أثلاثاً ومعنى الفانح والمعتز ، يجوز ادخار لحوم الاضاحي
وأن يطعم الكافر ولا يعطى الجازر منها بأجرته ٥٥٢ الاختلاف في وقت
الاضحية ٥٥٥ أن فات وقت الذبح ذبح الواجب قضاء وإذا وجبت الاضحية
ثم سرقت وإذا ذبح قبل ذلك لم تجزئه ولزمه البدل ٥٥٦ لا يستحب أن
يذبح الاضحية إلا المسلم ٥٥٧ يقول عند الذبح بسم الله أكبر وحكم النامي
٥٥٨ ويجوز أن يشترك السبعة في البدنة والبقرة ٥٥٩ مسألة في العقيقة وأنها
أفضل من الصدقة بقيمتها ٦١١ تذبح العقيقة يوم السابع ٦٢ يستحب أن
يخلق رأس الصبي يوم السابع ٦٣ يجتنب في العقيقة من العيب ما يجتنب
في الاضحية ٦٤ يستحب للوالد أن يؤذن في أذن ابنه
٦٥ حكم الفريضة والعتيرة

كتاب السبق والرمي

٦٦ السبق في النصل والحافر والخف لا غيره

- ٤٦٩ المسابقة عقد جائز ويشترط أن يكون العوض مطلوباً ٧٠ ما لو شرط أن يطعم السبق أصحابه وإذا كان المخرج غير المتسابقين فقال أيكم سبق فله عشرة جاز ٧١ ما لو قال لعشرة من سبق منكم فله عشرة
- ٤٧٢ ما إذا أخرجوا الجمل جميعاً ٧٣ يشترط في المسابقة بالحيوان أن تحدد المسافة والغاية ٧٥ يشترط في الرهان أن تكون الدابتان من جنس واحد

فصول في المناضلة وما هي

- ٤٧٦ من شروط المناضلة صفة الإصابة وتقدير الغرض ومعرفة المسافة
- ٤٧٧ أضرب المناضلة ٧٧ أن يقولوا أيما أصاب خمسا من عشرين
- ٤٨٠ السنة أن يكون لهما غرضان ٨١ فإن أراد أحدهما التطويل والتشاغل
- ٤٨٢ يجوز عقد النضال على جماعة ٨٣ ما لو كان النضال بين حزين وإذا تناضل إثنان وأخرج أحدهما السبق فشاركه أجنبي
- ٤٨٤ وإذا كان شرطهما مخواصل ومعناها ٨٥ وإذا رمى فأخطأ لعارض من كسر قوس أو غير ذلك . ما لو كان شرطهما خواصق وتفسيرها
- ٤٨٦ ما لو قال رجل لآخر ارم هذا السهم فإن أصبت به فلك درهم
- ٤٨٧ تصح المسابقة مع اختلاف الأقواس ٨٨ لا يجوز أن يجنب أحدهما إلى فرسه فرسا الخ ٨٩ معنى الجنب والجنب
- (كتاب الأيمان)

- ٤٩٠ وتصح من كل مكلف مختار قاصد إلى اليمين ٩١ لا يجوز الحلف بغير الله وصفاته ٩٢ يكره الإفراط في الحلف بالله تعالى
- ٤٩٣ معنى ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم . الأيمان خمسة أقسام
- ٤٩٤ الحلف المتدوب والحلف المباح ٩٥ الحلف المكروه
- ٤٩٥ الحلف المحرم وهو الحلف بالكاذب ٩٧ فيمن حلف أن يفعل شيئاً ولم يفعله الخ ٩٨ ما لو فعل ناسياً ما حلف أن لا يفعله ، وإن فعله غير عالم بالمحلف عليه ٩٩ المكروه على الفعل الذي حلف لا يفعله من حلف على شيء وهو يعلم أنه كاذب

- ٥٠٠ فيمن تلزمه الكفارة واللغو ٥٠١ فيمن حلف على شيء يظنه كما حلف
- ٥٠٢ في اليمين المكفرة ٥٠٣ في القسم بصفات الله تعالى ٥٠٤ ان قال وحق الله
أو قال لعمر الله ٥٠٨ القسم بالقرآن أو بآياته
- ٥٠٩ لو نذر أن يتصدق بملكه أو بالحج . لا نذر في غضبه وكفارته كفارة يمين
- ٥١٠ القسم بالعمد ٥١١ القسم بالخروج من الاسلام . ما قال هو يستحل الخمر والزنا
- ٥١٢ الدليل على أن تحريم ما أحل الله يمين ٥١٣ ما لو قال أقسم بالله أو أشهد
بالله أو أعزم بالله ٥١٥ لو قال أعزم أو عزمت لم يكن قسما نوى اليمين
أو لم ينو ٥١٦ القسم بأمانة الله ٥١٧ ويكره الحلف بالأمانة
- ٥١٧ لا تنعقد اليمين بالحلف على مخلوق كالكعبة والأنبياء
- ٥١٨ ما لو حلف يميناً واحدة على أجناس مختلفة ٥١٩ ولو حلف على شيء
واحد يمينين مختلفي الكفارة ٥٢٠ من حلف بحق القرآن
- ٥٢١ من حلف بنحر ولده ٥٢٣ من حلف ان يعتق ما يملك
- ٥٢٤ فهو مخير في الكفارة قبل الحنث وبعده إلا في الظهار والحرام
- ٥٢٦ الدليل على أن الكفارة لا تجزئ قبل الحنث ٥٢٧ ما لو حلف فقال ان
شاء الله تعالى ٥٢٩ ما لو قال والله لأشربن اليوم ان شاء زيد
- ٥٣٠ ما لو استثنى في الطلاق والعناق . ما لو قال ان تزوجت فلانه فهي طالق
- ٥٣١ يصح تعليق العتق والطلاق على حدوث الملك ٥٣٢ ما لو حلف أن
لا ينكح فلانه الخ . والماضى والمستقبل سواء في هذا . ما لو حلف
لا يبيع أو يزوج — ما لو حلف لا يتزوج ٥٣٥ ما لو حلف لا يهب
فأهدى اليه أو أعمره ٥٣٦ ما لو حلف ألا يشتري فلانا أو لا يضربه
فوكل في ذلك ٥٣٧ ما لو حلف ليطلقن زوجته — ما لو حلف
لا يضرب امرأته فلطمها ٥٣٨ فيمن حلف فتأول في يمينه
- ٥٤١ في المستحيل والحلف عليه ٥٤٢ ومن قال لآخر بالله لتفعلن ففى يمين

ملفوظات

لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرفي

كتاب الكفارات

الأصل في كفارة اليمين الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم) الآية .
وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم : إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأتت الذي هو خير وكهر عن يمينك ، في أخبار سوى هذا ، وأجمع المسلمون على مشروعية الكفارة في اليمين بالله تعالى .

« مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (ومن وجبت عليه بالخنث كفارة يمين فهو مخير إن شاء أطعم عشرة مساكين مسلمين أحراراً كباراً كانوا أو صغاراً إذا أكلوا الطعام) »

أجمع أهل العلم على أن الحادث في يمينه بالخيار إن شاء أطعم وإن شاء كسا وإن شاء أعتق أى ذلك فعل أجزاءه ولأن الله تعالى عطف بعض هذه الخصال على بعض بحرف (أو) وهو للتخيير

وقال ابن عباس ما كان في كتاب الله [أو] فهو مخير فيه وما كان [فمن لم يجد] فالأول الأول ، ذكره الامام أحمد في التفسير والواجب في الاطعام إطعام عشرة مساكين لنص الله تعالى على عددهم إلا أن لا يجد عشرة مساكين فيأتى ذكره إن شاء الله تعالى ، ويعتبر في المدفوع اليهم أربعة أوصاف :

أن يكونوا مساكين وهم الصنفان اللذان تدفع اليهم الزكاة المذكوران في أول أصنافهم في قوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين) والفقراء مساكين وزيادة لكون الفقير أشد حاجة من المسكين على ما بيناه ولأن الفقر والمسكنة في غير الزكاة شيء واحد لانهما جميعاً اسم للحاجة إلى ما لا بد منه في الكفاية ولذلك

لو وصى الفقراء أو وقف عليهم أو للمساكين لكان ذلك لهم جميعاً ، وإنما جعلنا صنفين في الزكاة وفرق بينهما لأن الله تعالى ذكر الصنفين جميعاً باسمين فاحتيج إلى التفريق بينهما .

فأما في غير الزكاة فكل واحد من الاسمين يعبر به عن الصنفين لأن جهة استحقاقهم واحدة وهي الحاجة إلى ما تم به الكفاية ، ولا يجوز صرفها إلى غيرهم سواء كان من أصناف الزكاة أو لم يكن لأن الله تعالى أمر بها للمساكين وخصهم بها فلا تدفع إلى غيرهم ولأن القدر المدفوع إلى كل واحد من الكفارة قدر يسير يراد به دفع حاجة يومه في مؤنته ، وغيرهم من الأصناف لا تدفع حاجتهم بهذا لكثرة حاجتهم وإذا صرفوا ما يأخذونه في حاجتهم صرفوه إلى غير ما شرع له الثاني : أن يكونوا أحراراً فلا يجرى دفعها إلى عبد ولا مكاتب ولا أم ولد وهذا قال مالك والشافعي ، واختار الشريفة أبو جعفر جواز دفعها إلى مكاتب نفسه وغيره ، وقال أبو الخطاب : يخرج جواز دفعها إليه بناء على جواز إعتاقه في كفارته لأنه يأخذ من الزكاة لحاجته أشبه المسكين .

ولنا أن الله تعالى عده صنفاً في الزكاة غير صنف المساكين ولا هو في معنى المساكين لأن حاجته غير جنس حاجتهم فدل على أنه ليس بمسكين والكفارة إنما هي للمساكين بدليل الآية ، ولأن المسكين يدفع إليه لتمام كفايته والمكاتب إنما يأخذ لفكاك رقبته أما كفايته فإنها حاصلة بكسبه وماله ، فإن لم يكن له كسب ولا مال عجزه سيده ورجع إليه واستغنى بانفاقه ، وخالف الزكاة فإنها تصرف إلى الغنى والكفارة بخلافها

الثالث : أن يكونوا مسلمين فلا يجوز صرفها إلى كافر ذمياً كان أو حربياً وبذلك قال الحسن والنخعي والشافعي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وقال أبو ثور وأصحاب الرأي : يجوز دفعها إلى الذمي لدخوله في اسم المساكين فيدخل في عموم الآية ولأنه مسكين من أهل دار الإسلام فأجراً الدفع إليه من الكفارة كالمسلم ، وروى نحو هذا عن الشعبي وخرجه أبو الخطاب وجهاً في المذهب بناء على جواز إعتاقه في الكفارة ، وقال الثوري يعطيهم إن لم يجد غيرهم .

ولنا أنهم كفار فلم يجوز إعطاؤهم كسبائهم أهل الحرب والآية مخصوصة بهذا
فنقيس (الرابع) أن يكونوا قد أكلوا الطعام فإن كان طفلاً لم يطعم لم يجوز الدفع
إليه في ظاهر كلام الحرقى ، وقول الشافعى وهو ظاهر قول مالك ، فإنه قال يجوز
الدفع إلى الفطيم ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد
والرواية الثانية يجوز دفعها إلى الصغير الذى لم يطعم ويقبض للصغير ولله ،
وهو الذى ذكره أبو الخطاب فى المذهب وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى .
قال أبو الخطاب وهو قول أكثر الفقهاء لأنه حر مسلم محتاج فأشبهه الكبير ، ولأن
أكله للكفارة ليس بشرط ، وهذا يصرف الكفارة إلى ما يحتاج إليه مما تم به
كفايته فأشبهه الكبير

ولنا قوله تعالى (فإطعام عشرة مساكين) وهذا يقتضى أكلهم له فإذا لم تعتبر
حقيقة أكله اعتبر إمكانه ومطنته ، ولا تتحقق مطنته فيمن لا يأكل ولأنه لو كان
المقصود دفع حاجته لجاز دفع القيمة ولم يتعين الإطعام ، وهذا يقيد ما ذكرناه ،
فإذا اجتمعت هذه الأوصاف الأربعة فى واحد جاز الدفع إليه سواء كان صغيراً
أو كبيراً ، محجوراً عليه أو غير محجور عليه ، إلا أن من لا حجر عليه يقبض
لنفسه أو يقبض له وكيله ، والمحجور عليه كالصغير والمجنون يقبض له وليه .

مسألة ، قال (لكل مسكين مد من حنطة أو دقيق ، أو رطلان خبزاً أو
مدان تمرأ أو شعيراً)

أما مقدار ما يعطى كل مسكين وجنسه فقد ذكرناه فى باب الظهار ، ونص
الحرقى على أنه يجرى. الدقيق والخبز ونص أحمد عليه أيضاً وروى عنه لا يجرى .
الخبز ؛ وهو قول مالك والشافعى ، وقال لا يجرى. دقيق ولا سويق لأنه خرج
عن حالة الكمال والادخار ولا يجرى. فى الزكاة فلم يجرى. فى الكفارة كالقيمة .
وانا قول الله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون
أهلكم أو كسوتهم) وهذا قد أطعمهم من أوسط ما يطعم أهلهم فوجب أن
يجزئه . روى الإمام أحمد فى كتاب التفسير بإسناده عن ابن عمر (من أوسط
ما تطعمون أهلكم) قال الخبز واللبن .

وفي رواية عنه قال (من أوسط ما تطعمون أهليكم . الخبز والتمر والخبز
والزيت والخبز والسمن . وقال أبو رزين (من أوسط ما تطعمون أهليكم) خبز
وزيت وخل . وقال الأسود بن يزيد : الخبز والتمر . وعن علي : الخبز والتمر
الخبز والسمن الخبز واللحم .

وعن ابن سيرين قال : كانوا يقولون أفضله الخبز واللحم وأوسطه الخبز
والسمن وأخسه الخبز والتمر ، وقال عبيدة : الخبز والزيت ؛ وسأل رجل شريحا
ما أوسط طعام أهلي ؟ فقال شريح إن الخبز والخل والزيت لطيب ؛ فقال له رجل
أفرايت الخبز واللحم ؟ قال أرفع طعام أهلك وطعام الناس

وعن علي والحسن والشعبي وقتادة ومالك وأبي ثور : يغديهم أو يعشيهم .
وهذا اتفاق على تفسير ما في الآية بالخبز ، ولأنه أطعم المساكين من أوسط طعام
أهله فأجزأه ، كما لو أعطاه حبا ، ويفارق الزكاة من وجمين

أحدهما أن الواجب عليه عشر الحب وعشر الحب حب فاعتبر الواجب ، وهما
الواجب الاطعام والخبز أقرب اليه .

والثاني : أن دفع الزكاة يراد للاقتيات في جميع العام فيحتاج الى ادخاره فاعتبر
أن يكون على صفة تمكن من ادخاره عاما والكفارة تراد لدفع حاجة يومه ، ولهذا
تقدرت بما الغالب انه يكفيه ليومه ، والخبز أقرب الى ذلك لأنه قد كفاه مؤنة
طحنه وخبزه .

إذا تقرر هذا فإنه ان أعطى المسكين رطلي خبز بالعراقي أجزاء لانه لا يكون
من أقل من مد ، وقدر ذلك بالرطل الدمشقي الذي هو ستمائة درهم خمس أواق
وسبع أوقية . وإن طحن مدأ وخبزه أجزاء ، نص عليه أحمد ، وكذلك إذا دفع
دقيق المد الى المسكين أجزاء ، وإن دفع الدقيق من غير تقدير حنطته فقال أحمد
يجزئه بالوزن رطل وثلث ولا يجزئه إخراج مد دقيق بالكيل لأنه يروع بالطحن
فحصل في مد دقيق الحب أقل من مد الحب ، وإن زاد في الدقيق عن مد بحيث يعلم
انه قدر مد حنطة جاز ، وقول الخرقى في مد من دقيق يحتمل انه أراد إخراج
بالوزن كما ذكر أحمد ، ويحتمل انه أراد مدأ من الحنطة طحنه ثم أخرج دقيقه .
ويحتمل انه أراد إخراج ما يعلم ان حبه مد لما ذكرنا ، ويجب ان يحمل قوله في الدقيق

والخبز على دقيق الحنطة وخبزها فإن أعطى من الشعير لم يجزئه إلا ضعف ذلك كما لا يجزىء من حبها إلا ضعف ما يجزىء من حب البر .

(فصل) والأفضل إخراج الحب لأن فيه خروجاً من الخلاف . قال أحمد : التمر أعجب إلى والدقيق ضعيف والتمر أحب إلى ويحتمل أن يكون إخراج الخبز أفضل لأنه أنفع للمساكين وأقل كلفة وأقرب إلى حصول المقصود منه بغنيته ، والظاهر أن المسكين يأكله ويستغنى به في يومه ذلك ، والحب يعجز عن طحنه وعجنه فالظاهر أنه يحتاج إلى بيعه ثم يشتري بثمنه خبزاً فيتكلف حمل كلفة البيع والشراء وغبن البائع والمشتري له وتأخر حصول النفع به وربما لم يحصل له بثمنه من الخبز ما يكفيه ليومه فيفوت المقصود مع حصول الضرر .

(فصل) ويجب أن يكون المخرج في الكفارة سالماً من العيب ولا يكون الحب مسوساً ولا متغيراً طعمه ولا فيه زؤان أو تراب يحتاج إلى تنقية وكذلك دقيقه وخبزه لأنه مخرج في حق الله عما وجب في الذمة فلم يجز أن يكون معيباً كالشاة في الزكاة .

مسألة ، قال (ولو أعطاهم مكان الطعام أضعاف قيمته ورقاً لم يجزه)

وجملته أنه لا يجزىء في الكفارة إخراج قيمة الطعام ولا الكسوة في قول إمامنا ومالك والشافعي وابن المنذر وهو ظاهر قول من سمينا قولهم في تفسير الآية في المسألة التي قبلها ، وهو ظاهر من قول عمر بن الخطاب وابن عباس وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير والنخعي ، وأجازوه الأوزاعي وأصحاب الرأي لأن المقصود دفع حاجة المسكين وهو يحصل بالقيمة .

ولنا قول الله تعالى (فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم) هذا ظاهر في عين الطعام والكسوة فلا يحصل التكفير بغيره لأنه لم يؤد الواجب إذا لم يؤد ما أمره الله بأدائه ، ولأن الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء ولو جازت القيمة لم ينحصر التخيير في الثلاثة ، ولأنه لو أريدت القيمة لم يكن للتخيير معنى ، لأن قيمة الطعام إن ساوت قيمة الكسوة فهما شيء واحد فكيف يخير

بينهما ؟ وان زادت قيمة أحدهما على الآخر فكيف يخير بين شيء وبعضه ؟ ثم ينبغي انه إذا أعطاه في الكسوة ما يساوي إطعامه ان يجزئه ، وهو خلاف الآية وكذلك لو غلت قيمة الطعام فصار نصف المد يساوي كسوة المسكين ينبغي ان يجزئه نصف المد وهو خلاف الآية ، ولانه أحد ما يكفر به فتعين ماورد به النص كالتق أو فلا تجزى. فيه القيمة كالتق ، فعلى هذا لو أعطاهم أضعاف قيمة الطعام لا يجزئه لانه لم يؤد الواجب فلا يخرج عن عهده

« مسألة ، قال (ويعطى من أقاربه من يجوز أن يعطيه من زكاة ماله)

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، ولا نعلم فيه مخالفا ، ولان الكفارة حق مال يجب لله تعالى لجرى مجرى الزكاة فيمن يدفع اليه من أقاربه ومن لا يدفع اليه ، وقد سبق ذلك في باب الزكاة .

(فصل) وكل من يمنع الزكاة من الغني والكافر والرقيق يمنع أخذ الكفارة وهل يمنع منها بنو هاشم ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يمنعون منها لانها صدقة واجبة فمنعوا منها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « انا لا نحل لنا الصدقة » ، وقياسا على الزكاة : والثاني لا يمنعون لانها لم تجب بأصل الشرع فأشبهت صدقة التطوع .

« مسألة ، قال (ومن لم يصب الا مسكينا واحدا ردد عليه في كل يوم تمة عشرة أيام)

وجملته : ان المكفر لا يتخلو من ان يجد المساكين بكال عددم او لا يجدهم فإن وجدهم لم يجزئه اطعام أقل من عشرة في كفارة اليمين ولا أقل من ستين في كفارة الظهار وكفارة الجماع في رمضان ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأجاز الأوزاعي دفعها الى واحد : وقال أبو عبيد ان خص بها أهل بيت شديدي الحاجة جاز بدليل ان النبي (ص) قال للجماع في رمضان حين أخبره بشدة حاجته وحاجة أهله « اطعمه عيالكم » ، ولانه دفع حق الله تعالى الى من هو من أهل الاستحقاق فأجزأه كالأول دفع زكاته الى واحد ، وقال أصحاب الرأي يجوز ان

يردها على مسكين واحد في عشرة أيام إن كانت كفارة يمين أو في ستين إن كان الواجب اطعام ستين مسكينا ، ولا يجوز دفعها اليه في يوم واحد ، وحكاية أبو الخطاب رواية عن أحمد لأنه في كل يوم قد أطعم مسكينا ما يجب للمسكين فأجزأ كما لو أعطى غيره ، ولأنه لو أطعم هذا المسكين من كفارة أخرى أجزأه فكذلك إذا أطعمه من هذه الكفارة .

ولنا قول الله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين) ومن أطعم واحداً فما أطعم عشرة فما أمثل الأمر فلا يجزئه ، ولأن الله تعالى جعل كفارته اطعام عشرة مساكين فإذا لم يطعم عشرة فما أتى بالكفارة ، ولأن من لم يجز الدفع اليه في اليوم الاول لم يجز في اليوم الثاني مع اتفاق الحال كالولد ، فأما الواقع على أهله فإنما أسقط الله تعالى الكفارة عنه لعجزه عنها ، فإنه لا خلاف في أن الانسان لا يأكل كفارة نفسه ولا يطعمها عائلته وقد أمر بذلك .

الحال الثاني : العاجز عن عدد المساكين كلهم فإنه يردد على الموجودين منهم في كل يوم حتى تتم عشرة ، فإن لم يجد الا واحداً ردد عليه تسعة عشرة ايام ، وإن وجد اثنين ردد عليها خمسة ايام ، وعلى هذا ، ونحو هذا قال الثوري وهو اختيار أكثر الاصحاب .

وعن احمد رواية اخرى : لا يجزئه الا كمال العدد وهو مذهب مالك والشافعي لما ذكرنا في حال القدرة .

ولنا ان ترديد الاطعام في عشرة ايام في معنى اطعام عشرة لأنه يدفع الحاجة في عشرة ايام فأشبهه مالو اطعم في كل يوم واحداً والشيء بعينه يقوم مقامه بصورته عند تعذرهما ولهذا شرعت الابدال لقيامها مقام المبدلات في المعنى ولا يحتزأ بها مع القدرة على المبدلات كذا همنا .

(فصل) وان أطعم كل يوم مسكينا حتى أكمل العشرة أجزأه بلا خلاف فعليه لأن الواجب اطعام عشرة مساكين وقد أطعمهم ، وإن دفعها الى من يظنه مسكينا فبان غنيا فني ذلك وجهاً بناء على الروايتين في دفع الزكاة اليه .

احدهما : لا يجزئه وهو قول الشافعي وأبي يوسف وأبي ثور وابن المنذر لأنه لم يطعم المساكين فلم يجزئه كما لو علم .

والثاني : يجزئه ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد لأنه دفعها الى من يظنه مسكينا وظاهره المسكنة فاجزأه كما لو لم يعلم حاله ، وهذا لأن الفقر يخفى وتشق معرفة حقيقته قال الله تعالى (للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله لا يستطيعون ضربا في الأرض يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف : فوجب أن يكتفى بظهوره وظنه ، وكذلك لما سأل الرجلان النبي صلى الله عليه وسلم من الصدقة قال : إن شئكما أعطيتكما منها ولا حظ فيها لغني ولا لقوى مكتسب ، وإن بان كافرا أو عبدا لم يجزئه وجها واحدا كقولنا في الزكاة لأن ذلك لا يكاد يخفى وليس هو في مظنة الخفاء فإن كان الدافع الامام فأخطأ في الفقر لم يضمن ، وإن أخطأ في الحرية والاسلام فهل يضمن على الوجهين بناء على خطئه في الحد .

(فصل)

إذا أطعم مسكينا في يوم واحد من كفارتين ففيه وجهان : أحدهما : يجزئه لأنه أطعم عن كل كفارة عشرة مساكين فاجزأه كما لو أطعمه في يومين ولأن من جاز له أن يأخذ من اثنين جاز أن يأخذ من واحد كالقدر الذي يجوز له أخذه من الزكاة .

والثاني : لا يجزئه إلا عن واحد ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأنه أعطى مسكينا في يوم طعام اثنين فلم يجزئه إلا عن واحد كما لو كان في كفارة واحدة ، وإن أطعم اثنين من كفارتين في يوم واحد جاز ولا نعلم في جوازه خلافا وكذلك ان أطعم واحدا من كفارتين في يومين جاز أيضا بغير خلاف نعلمه ، فلو كان على واحد عشر كفارات وعنده عشرة مساكين يطعمهم كل يوم كفارة يفرقها عليهم جاز لأنه أتى بما أمر به فخرج عن عهده ؛ وبيان أنه أتى بما أمر أنه أطعم عن كل كفارة عشرة مساكين من أوسط ما يطعم أهله ، والحكم في الكسوة كالحكم في الطعام على ما فصلناه .

مسألة : قال (وإن شاء كسا عشرة مساكين للرجل ثوب يجزئه أن يصلي فيه والمرأة درع وخمار)

لا خلاف في أن الكسوة أحد أصناف كفارة اليمين لنص الله تعالى عليها

في كتابه بقوله تعالى (أو كسوتهم) ولا تدخل في كفارة غير كفارة البين ولا يجزئه أقل من كسوة عشرة لقول الله تعالى (فكفارتهم إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم) وتقدر الكسوة بما تجزي الصلاة فيه، فإن كان رجلاً فثوب تجزئه الصلاة فيه، وإن كانت امرأة فدرع وخمار، وبهذا قال مالك، ومن قال لا تجزئه السراويل الاوزاعي وأبو يوسف.

وقال إبراهيم: ثوب جامع، وقال الحسن كل مسكين حلة إزار ورداء، قال ابن عمر وعطاء وطاوس وبجاهد وعكرمة وأصحاب الرأي يجزئه ثوب ثوب ولم يفرقوا بين الرجل والمرأة، وحكى عن الحسن قال تجزي العمامة، وقال سعيد بن المسيب عمامة وعمامة.

وقال الشافعي: يجزي أقل ما يقع عليه الاسم من سراويل أو إزار أو رداء أو مقنعة أو عمامة وفي القلنسوة وجهان، واحتجوا بأن ذلك يقع عليه اسم الكسوة فأجزأ كالذي تجوز الصلاة فيه.

ولنا أن الكسوة أحد أنواع الكفارة فلم يجز فيه ما يقع عليه الاسم كالأطعام والاعتاق ولأن التكفير عبادة تعتبر فيها الكسوة فلم يجز فيها أقل مما ذكرناه كالصلاة ولأنه مصروف إلى المساكين في الكفارة فيقدر كالأطعام ولأن اللابس ما لا يستر عورته إنما يسمى عريانا لا مكتسباً، وكذلك لا يس السراويل وحده أو مثزراً يسمى عريانا فلا يجزئه لقول الله تعالى (أو كسوتهم).

إذا ثبت هذا: فإنه إذا كسا امرأة أعطاها درعا وخماراً لأنه أقل ما يستر عورتها وتجزئها الصلاة فيه وإن أعطاها ثوباً واسعاً يمكنها أن تستر به بدنها ورأسها أجزاء ذلك، وإن كسا الرجل أجزاء قميص أو ثوب يمكنه أن يستر عورته ويجعل على عاتقه منه شيئاً أو ثوبين يأتزر بأحدهما ويرتدي بالآخر ولا يجزئه مثزر وحده ولا سروال وحده لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يصلي أحدكم في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شيء».

(فصل) ويجوز أن يكسوم من جميع أصناف الكسوة من القطن والكتان والصوف والشعر والوبر والحز والحرير لأن الله تعالى أمر بكسوتهم ولم يعين

جنساً نأى جنس كسأهم منه خرج به عن العهدة لوجود الكسوة المأمور بها ، ويجوز أن يكسوههم لبيساً أو جديداً إلا أن يكون عما قد بلى وذهبت منفعته لأنه معيب فلا يجزىء كالحب المعيب والرقبة إذا بطلت منفعتها ، وسواء كان ما أعطاهم مصبوغاً أو غير مصبوغ ، أو خاماً أو مقصوراً ، لأنه تحصل الكسوة المأمور بها والحكمة المقصودة منها .

(فصل) والذين تجزىء كسوتهم هم المساكين الذين يجزىء أطعامهم لأن الله تعالى قال (فكفارته أطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم) فينصرف الضمير إليهم وقد تقدم الكلام في المساكين وأصنافهم .

« مسألة » قال وان شاء أعتق رقبة مؤمنة قد صلت وصامت لأن الإيمان قول وعمل ، وتكون سليمة ليس فيها نقص يضر بالعمل)

وجملته : أن اعتاق الرقبة أحد خصال الكفارة بغير خلاف لنصب الله تعالى عليه بقوله (أو تحرير رقبة مؤمنة) ^(١) ويعتبر في الرقبة ثلاثة أوصاف .

أحدهما : أن تكون مؤمنة في ظاهر المذهب ، وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد ، وعن أحمد رواية أخرى أن الذمية تجزىء وهو قول عطاء وأبي ثور وأصحاب الرأي لقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وهذا مطلق فتدخل فيه الكافرة

ولنا أنه تحرير في كفارة فلا تجزىء فيه الكافرة ككفارة القتل والجامع بينهما أن الاعتاق يتضمن تفريغ العبد المسلم لعبادة ربه وتكميل أحكامه وعبادته وجهاده ومعوته المسلم فتناسب ذلك شرع اعتاقه في الكفارة تحصيلاً لهذه المصالح والحكم مقرون بها في كفارة القتل المنصوص على الإيمان فيها فيعمل بها ويتعدى ذلك الحكم إلى كل تحرير في كفارة فيختص بالمؤمنة لاختصاصها بهذه الحكمة ، وأما المطلق الذي احتجوا به فإنه يحمل على المقيد في كفارة القتل كما حمل مطلق قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) على المقيد في قوله تعالى (واشهدوا ذوى عدل منكم) وإن لم يحمل عليه من جهة اللغة حمل عليه من جهة القياس .

(١) هذه آية كفارة القتل وليس في آية كفارة البين والظهار مؤمنة ،

الثاني : أن تكون قد صلت وصامت ، وهذا قول الشعبي ومالك وإسحاق ، قال القاضي : لا يجزىء من له دون السبع لأنه لا تصح منه العبادات في ظاهر كلام أحمد ، وظاهر كلام الحرقى المعتبر الفعل دون السن فمن صلى وصام ممن له عقل يعرف الصلاة والصيام ويتحقق منه الايمان به بنيتة وأركانها فإنه يجزىء في الكفارة وان كان صغيراً ولم يوجد منه لم يجزىء في الكفارة ، وان كان كبيراً .

وقال أبو بكر وغيره من أصحابنا يجوز اعتاق الطفل في الكفارة ، وهو قول الحسن وعطاء والزهرى والشافعى وابن المنذر لأن المراد بالايمان ههنا الإسلام بدليل إعتاق الفاسق .

قال الثوري : المسلمون كلهم مؤمنون عندنا في الأحكام ولا ندرى ما هم عند الله ؟ ولهذا تعلق حكم القتل بكل مسلم بقوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ) والصبي محكوم بإسلامه يرثه المسلمون ويرثهم ويدفن في مقابر المسلمين ويغسل ويصلى عليه وإن سبي منفرداً عن أبويه أجزاءه عتقه لأنه محكوم بإسلامه ، وكذلك إن سبي مع أحد أبويه ولو كان أحد أبوى الطفل مسلماً والآخر كافراً أجزاء إعتاقه لأنه محكوم بإسلامه ، وقال القاضي في موضع يجزىء إعتاق الصغير في جميع الكفارات الا كفارة القتل فانها على روايتين .

وقال ابراهيم النخعي ما كان في القرآن من رقبة مؤمنة فلا يجزىء الا باصام وصلى وما كان في القرآن رقبة ليست بمؤمنة فالصبي يجزىء ونحو هذا قول الحسن ووجه قول الحرقى أن الواجب رقبة مؤمنة والايمان قول وعمل فمالم تحصل الصلاة والصيام لم يحصل العمل .

وقال مجاهد وعطاء في قوله (فتحرير رقبة مؤمنة) قال قد صلت ونحو هذا قول الحسن وابراهيم ، وقال مكحول اذا ولد المولود فهو نسمة فاذا تقلب ظهراً لبطن فهو رقبة فاذا صلى فهو مؤمنة ، ولأن الطفل لا تصح منه عبادة لفقد التكليف فلم يجزىء في الكفارة كالمجنون ولأن الصبا نقص يستحق به النفقة على القريب أشبه الزمانة ، والقول الآخر أقرب الى الصحة ان شاء الله لأن الايمان الإسلام وهو حاصل في حق الصغير ، ويدل على هذا أن معاوية بن الحكم السلمي أتى

النبي صلى الله عليه وسلم بجارية فقال لها : أين الله ؟ قالت في السماء ، قال : من أنا ؟ قالت : أنت رسول الله ، قال : أعتقها فإنها مؤمنة ، رواه مسلم .
وفي حديث عن أبي هريرة : أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم بجارية أعجمية فقال يا رسول الله ان علي رقبة ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الله ؟ فأشارت برأسها إلى السماء ، قال : من أنا ؟ فأشارت إلى رسول الله وإلى السماء — أي أنت رسول الله — قال أعتقها ، فحكم لها بالإيمان بهذا القول .

فصل

ولا يجزىء اعتناق الجنيين في قول أكثر أهل العلم ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال أبو ثور يجزىء لأنه آدمي مملوك فصيح اعتناقه عن الرقبة كالمولود ولنا أنه لم تثبت له أحكام الدنيا بعد فإنه لا يملك بالارث والوصية ولا يشترط لها كونه آدمياً لكونه ثبت له ذلك وهو نطفة أو علقة وليس بآدمي في تلك الحال الثالث : ان لا يكون بها نقص يضر بالعمل وقد شرحنا ذلك في الظهار ويجزىء الصبي وان كان عاجزاً عن العمل لأن ذلك ماض إلى زوال وصاحبه سائر إلى الكمال ولا يجزىء المجنون لأن نقصه لا غايه لزواله معلومة فأشبه الزمن .

(فصل) وان اعتق غائباً تعلم حياته وتجيء اخباره صح واجزأه عن الكفارة كالحاضر ، وان شك في حياته وانقطع خبره لم يحكم بالاجزاء فيه لأن الأصل شغل ذمته ولا تبرأ بالشك وهذا العبد مشكوك فيه في وجوده فشك في اعتناقه .
فإن قيل : الأصل حياته ، قلنا إلا أنه قد علم ان الموت لا بد منه وقد وجدت دلالة عليه وهو انقطاع اخباره فإن تبين بعد هذا كونه حياً قبيلاً صحه عتقه وبرأه الذمة من الكفارة والا فلا .

(فصل) وان اعتق غيره عنه بغير امره لم يقع عن المعتق عنه اذا كان حياً وولاؤه للمعتق ولا يجزىء عن كفارته ، وان نوى ذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وحكى عن مالك انه اذا اعتق عن واجب على غيره بغيره امره صح لأنه قضى عنه واجبا فصح كما لو قضى عنه ديناً .

ولنا انه عبادة من شرطها النية فلم يصح ادائها عن وجبت عليه بغير امره

مع كونه من أهل الأمر كالحج ، ولأنه أحد خصال الكفارة فلم يصح عن المكفر
بغير أمره كالصيام ، وهكذا الخلاف فيما إذا كفر عنه بإطعام أو كسوة ولا يجوز
أن ينوب عنه في الصيام بإذنه ولا بغير إذنه لأنه عبادة بدنية فلا تدخلها النيابة ،
فأما إن أعتق عنه بأمره نظرت فإن جعل له عوضا صح العتق عن المعتق عنه وله
ولاؤه وأجزأ عن كفارته بغير خلاف علينا وبه يقول أبو حنيفة ومالك والشافعي
وغيرهم لأنه حصل العتق عنه بماله فأشبهه ما لو اشتراه ووكّل البائع في إعناقه عنه ،
وإن لم يشترط عوضا ففيه روايتان .

أحدهما : يقع العتق عن المعتق عنه ويجزىء في كفارته ، وهو قول مالك
والشافعي لأنه أعتق بأمره فصح كما لو شرط عوضا

والأخرى لا يجزىء . ولاؤه للمعتق ، وهو قول أبي حنيفة لأن العتق بعوض
كالبيع وبغير عوض كالهبة ، ومن شرط الهبة القبض ولم يحصل ، فلم يقع عن
الموهوب له ، وفارق البيع فإنه لا يشترط فيه القبض ، فإن كان المعتق عنه ميتا
نظرت فإن أوصى بالعتق صح لأنه بأمره وإن لم يوص به فأعتق عنه أجنبي لم يصح
لأنه ليس بنائب عنه وإن أعتق عنه وارثه ، فإن لم يكن عليه واجب لم يصح العتق
عنه ووقع عن المعتق ، وإن كان عليه عتق واجب صح العتق عنه لأنه نائب له في
ماله وآدائه واجباته ، فإن كانت عليه كفارة يمين فكسائه أو أطعم عنه جاز ،
وإن أعتق عنه ففيه وجهان

أحدهما ليس له ذلك لأنه غير متعين لمجرى مجرى التطوع

والثاني يجزىء لأن العتق يقع واجبا ، لأن الوجوب يتعين فيه بالفعل فأشبهه
المعين من العتق ، ولأنه أحد خصال كفارة اليمين فجاز أن يفعله عنه كالإطعام
والكسوة ، ولو قال من عليه الكفارة أطعم عن كفارتي أو اكس ففعل صح
رواية واحدة ، سواء ضمن له عوضا أو لم يضمن له عوضا

مسألة ، قال (ولو اشتراها بشرط العتق فأعتقها في الكفارة عتقت ولم

تهجزه عن الكفارة)

وهذا مذهب الشافعي ، وروى عن معقل بن يسار ما يدل عليه ، وذلك لأنه إذا اشتراها بشرط العتق فالظاهر ان البائع نقصه من الثمن لأجله — إذا الشرط فكانه أخذ عن العتق عوضاً فلم تجزئه عن الكفارة

قال أحمد : إن كانت رقبة واجبة لم تجزئه لأنها ليست رقبة سليمة ، ولأن عتقها يستحق بسبب آخر وهو الشرط فلم تجزئه ، كما لو اشترى قريبه فتوى بشرائه العتق عن الكفارة ، أو قال ان دخلت الدار فأنت حر ثم نوى عند دخوله انه عن كفارته .

(فصل) ولو قال له رجل أعتق عبدك عن كفارتك ولك عشرة دنانير ففعل لم يجزئه عن الكفارة لان الرقبة لم تقع خالصة عن الكفارة . وقال القاضي العتق كله يقع عن باذل العوض وله ولاؤه ، وهذا فيه نظر فان المعتق لم يعتقه عن باذل العوض ولا رضى بإعتاقه عنه ولا باذل العوض طلب ذلك ، والصحيح ان اعتاقه من المعتق والولاء له .

وقد ذكر الحرقى انه اذا قال أعتقه والتمن على فالتن عليه والولاء للمعتق ، فإن رد العشرة على باذله ليكون العتق عن الكفارة وحدها أو عزم على رد العشرة أو رد العشرة قبل العتق فأعتقه عن كفارته أجزأه .

(فصل) واذا اشترى عبدا ينوى اعتاقه عن كفارته فوجد به عيبا لا يمنع من الاجزاء في الكفارة فأخذ أرشه ثم أعتق العبد عن كفارته أجزأه وكان الارش له لان العتق انما وقع على العبد المغيب دون الارش ، وان أعتقه قبل العلم بالعيب ثم ظهر على العيب فأخذ أرشه فهو له ايضا كما لو أخذه قبل اعتاقه ، وعنه انه يصرف ذلك الارش في الرقاب لأنه أعتقه معتقدا انه سليم فكان بمنزلة العوض عن حق الله تعالى ، وكفارة الارش مصروفة في حق الله تعالى ، كما لو باعه كان الارش للمشتري ، وان علم العيب ولم يأخذ أرشه حتى أعتقه كان الارش للمعتق لانه أعتقه معيبا عالما بعيبه فلم يلزمه أرش كما لو باعه ولم يعلم عيبه

مسألة ، قال (وكذلك لو اشترى بعض من يعتق عليه اذا ملكه ينوى بشرائه الكفارة عتق ولم يجزئه)

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وقال أصحاب الرأي يجزئه استحسانا لأنه يجزى عن كفارة البائع فأجزأ عن كفارة المشتري كغيره ولنا قوله تعالى (فتحرير رقبة) والتحرير فعل العتق ولم يحصل العتق هنا بتحرير منه ولا إعتاق فلم يكن ممثلا للأمر ، ولأن عتقه مستحق بسبب آخر فلم يجزئه كما لو ورثه بنوى به العتق عن كفارته وكأم الولد ويخالف المشتري البائع من وجهين .

أحدهما : أن البائع يعتقه والمشتري لم يعتقه إنما يعتق بإعتاق الشرع ، وهذا عن غير اختيار منه .

والثاني أن البائع لا يستحق عليه اعتاقه والمشتري بخلافه .

(فصل) إذا ملك نصف عبد فأعتقه عن كفارته عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسرا بقيمة باقيه ولم يجزئه عن كفارته في قول أبي بكر الخلال وصاحبه ، وحكاة عن أحمد وهو قول أبي حنيفة لأن عتق نصيب شريكه لم يحصل بإعتاقه إنما حصل بالسراية وهي غير فعله ، وإنما هي من آثار فعله فأشبه ما لو اشترى من يعتق عليه بنوى به الكفارة ، يحقق هذا أنه لم يباشر بالاعتناق إلا نصيبه فسرى إلى غيره ولو خص نصيب غيره بالاعتناق لم يعتق منه شيء ، ولأنه إنما يملك اعتناق نصيبه لا نصيب غيره .

وقال القاضي قال غيرهما من أصحابنا يجزئه إذا نوى اعتناق جميعه عن كفارته وهو مذهب الشافعي لأنه أعتق عبدا كامل الرق سليم الخلق غير مستحق العتق ناويا به الكفارة فأجزأه كما لو كان الجميع ملكه ، والاول أصح إن شاء الله ، ولا نسلم أنه أعتق العبد كله وإنما أعتق نصفه وعتق الباقي عليه فأشبهه شراء قريبه ، ولأن اعتناق باقيه مستحق بالسراية فهو كالقريب ، فعلى هذا هل يجزئه عتق نصفه الذي هو ملكه ويعتق نصفه آخر فتكمل الكفارة ؟ ينبغي على ما إذا اعتق نصفين عبيدين ، وسنذكره إن شاء الله .

وإن نوى عتق نصيبه عن الكفارة ولم ينو ذلك في نصيب شريكه لم يجزئه نصيب شريكه ، وفي نصيبه نفسه ما سنذكره إن شاء الله ، ولو كان معسرا فأعتق

نصيبه عن كفارته فكذلك ، فإن ملك باقيه فأعتقه عن الكفارة اجزأه ذلك ، وإن أراد صيام شهر واطعام ثلاثين مسكيناً لم يجزئه كما لو اعتق نصف عبد في كفارة اليمين واطعم خمسة مساكين أو كساحم لم يجزئه

(فصل) وإن كان العبد كله له فأعتق جزءاً منه معيناً أو مشاعاً عتق جميعه ، وإن كان نوى به الكفارة اجزأ عنه لأن اعتاق بعض العبد اعتاق الجميعه ، وإن نوى اعتاق الجزء الذي باشره بالاعتاق عن الكفارة دون غيره لم يجزئه عتق غيره وهل يحتسب بما نوى به الكفارة ؟ على وجهين

(فصل) وإن قال إن ملكك فلاناً فهو حر ، وقلنا يصح هذا التعليق فاشترى بنوى العتق عن كفارته عتق ولم يجزئه عن الكفارة ويخرج فيه من الخلاف مثل ما في شراء قريبه والله أعلم

مسألة ، قال (ولا تجزىء في الكفارة أم ولد)

هذا ظاهر المذهب وبه قال الاوزاعي ومالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي : وعن أحمد رواية أخرى أنها تجزىء ، ويروى ذلك عن الحسن وطاوس والنخعي وعثمان البتي لقول الله تعالى (فتحرير رقبة) ومعتقها قد حررها وإنا إن عتقها يستحق سبب آخر فلم تجزىء عنه كما لو اشترى قريبه أو عبداً بشرط العتق فأعتقه وكما لو قال لعبده أنت حر إن دخلت الدار ثم نوى عتقه عن كفارته عند دخوله والآية مخصوصة بما ذكرناه فنقيس عليه ما اختلفنا فيه

(فصل) ولد أم الولد الذي ولدته بعد كونها أم ولد حكمه حكمها فيما ذكرناه لأن حكمه حكمها في العتق بموت سيدها

مسألة ، قال (ولا مكاتب قد أدى من كتابته شيئاً)

روى عن أحمد رحمه الله في المكاتب ثلاث روايات أحدها : يجزىء مطلقاً اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي ثور لأن المكاتب عبد يجوز بيعه فأجزأ عتقه كالمدير ، ولأنه رقبة فدخل في مطلق قوله سبحانه (فتحرير رقبة)

والثانية : لا يجزىء مطلقاً ، وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد لان عتقه مستحق بسبب آخر ، ولهذا لا يملك إبطال كتابته فأشبه أم الولد .

والثالثة : إن أدى من كتابته شيئاً لم يجزئه وإلا أجزأه ، وبهذا قال الليث والأوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي .

قال القاضي : هو الصحيح لانه اذا أدى شيئاً فقد حصل العوض عن بعضه فلم يجزىء ، كما لو أعتق بعض رقبة واذا لم يؤد فقد أعتق رقبة كاملة مؤمنة سالمة الخلق تامه الملك لم يحصل عن شيء منها عوض فأجزأ عتقها كالمدير ، ولو أعتق عبداً على مال فأخذه من العبد لم يجزىء عن كفارته في قولهم جميعاً .

« مسألة ، قال (ويجزئه المدير) »

وهذا قول طاوس والشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الأوزاعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي : لا يجزىء لان عتقه مستحق بسبب آخر فأشبه أم الولد ، ولان بيعه عندهم غير جائز فأشبه أم الولد .

ولنا قوله تعالى (فتحرير رقبة) وقد حرر رقبة ولانه عبيد كامل المنفعة يجوز بيعه ولم يحصل عن شيء منه عوض فجاء عتقه كالقن ، والدليل على جواز بيعه ان النبي صلى الله عليه وسلم باع مديراً ، وسند ذكر حديثه في بابيه ان شاء الله تعالى ، ولان التدبير إما أن يكون وصية أو عتقا بصفة وأياً ما كان فلا يمنع التكفير بإعتاقه قبل وجود الصفة ، والصفة ههنا الموت ولم يوجد

« مسألة ، قال (والخصي) »

لا نعلم في أجزاء الخصي خلافاً سواء كان مقطوعاً أو مشلولاً أو موجوداً لان ذلك نقص لا يضر بالعمل ولا يؤثر فيه بل ربما زادت بذلك قيمته فاندفع فيه ضرر شهوته فأجزأ كالقفل .

« مسألة ، قال (وولد الزنا) »

هذا قول أكثر أهل العلم : روى ذلك عن فضالة بن عبيد وأبي هريرة وبه قال ابن المسيب والحسن وطاوس والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وابن المنذر

وروى عن عطاء والشعبي والنخعي والأوزاعي وحماة أنه لا يجزى. لأن
أبا هريرة روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ولد الزنا شر الثلاثة، قال
أبو هريرة: لأن أمتع بسوط في سبيل الله أحب إلى منه، رواه أبو داود.

ولنا دخوله في مطلق قوله تعالى (فتحرير رقبة) ولأنه مملوك مسلم كامل
العمل لم يعتض عن شيء منه ولا استحق عتقه بسبب آخر فأجزأ عتقه كولد الرشيدة
فأما الأحاديث الواردة في ذمه فاختلف أهل العلم في تفسيرها، فقال الطحاوي
ولد الزنا هو الملازم للزنا كما يقال ابن السبيل الملازم لها وولد الليل الذي
لا يهاب السرقة.

وقال الخطابي عن بعض أهل العلم قال هو شر الثلاثة أصلاً وعنصراً ونسباً
لأنه خلق من ماء الزنا وهو خبيث وأنكر قوم هذا التفسير وقالوا ليس عليه من
وزر والديه شيء، وقد قال الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) .
وفي الجملة: هذا يرجع إلى أحكام الآخرة أما أحكام الدنيا فهو كغيره في صحة
إمامته وبيعه وعتقه وقبول شهادته فكذلك في أجزاء عتقه عن الكفارة لأنه من
أحكام الدنيا.

مسألة، قال (فإن لم يجد من هذه الثلاثة واحداً أجزأه صيام ثلاثة
أيام متتابعة)

يعنى إن لم يجد طعاماً ولا كسوة ولا عتقاً انتقل إلى صيام ثلاثة أيام لقول
الله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو
كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) وهذا لا خلاف فيه إلا في
اشتراط التتابع في الصوم، وظاهر المذهب اشتراطه كذلك قال إبراهيم النخعي
والثوري وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي، وروى نحو ذلك عن
علي رضي الله عنه، وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة.

وحكى ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنه يجوز تفريقها، وبه قال مالك
والشافعي في أحد قوليه لأن الأمر بالصوم مطلق ولا يجوز تقييده إلا بدليل ولأنه
صيام الأيام الثلاثة فلم يجب التتابع فيه كصيام المنع ثلاثة أيام في الحج.

ولنا أن في قراءة أبي وعبد الله بن مسعود (فصيام ثلاثة أيام متتابعات) كذلك ذكره الإمام أحمد في التفسير عن جماعة وهذا إن كان قرآنا فهو حجة لأنه كلام الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، وإن لم يكن قرآنا فهو رواية عن النبي صلى الله عليه وسلم إذ يحتمل أن يكون سمعاه من النبي صلى الله عليه وسلم تفسيراً فظناه قرآنا فثبتت له رتبة الخبر ولا ينقص عن درجة تفسير النبي صلى الله عليه وسلم للآية ، وعلى كلا التقديرين فهو حجة يصار إليه ، ولأنه صيام في كفارة فوجب فيه التتابع ككفارة القتل والظهار والمطلق يحمل على المقيد على ما قررناه فيما مضى فعلى هذا إن أفطرت المرأة لمرض أو حيض أو الرجل لمرض لم ينقطع التتابع وبهذا قال أبو ثور وإسحاق .

وقال أبو حنيفة : ينقطع فيها لأن التتابع لم يوجد وفوات الشرط يبطل به المشروط ، وقال الشافعي ينقطع في المرض في أحد القولين ولا ينقطع في الحيض ولنا أنه عذر يبيح الفطر أشبه الحيض في كفارة القتل .

مسألة ، قال : ولو كان الحائض عبدا لم يكفر بغير الصوم

لا خلاف في أن العبد يجزئه الصيام في الكفارة لأن ذلك فرض المعسر من الأحرار وهو أحسن حالا من العبد فإنه يملك في الجملة ، ولأن العبد داخل في قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ، وإن أذن السيد لعبده في التكفير بالمال لم يلزمه لأنه ليس بمالك لما أذن له فيه .

وظاهر كلام الخرقى أنه لا يجزئه التكفير بغير الصيام ، وقد قال غيره من أصحابنا فيها إذا أذن له سيده في التكفير بالمال روايتان .

أحدهما : يجوز تكفيره به ، والآخرى : لا يجوز إلا بالصيام وقد ذكرنا علل ذلك في الظهار والاختلاف فيه ، وذكر القاضي أن أصل هذا عنده الروايتان في ملك العبد بالتملك إن قلنا يملك بالتملك فملك سيده وأذن له بالتكفير بالمال جاز لأنه مالك لما يكفر به .

وإن قلنا لا يملك بالتملك ففرضه الصيام لأنه لا يملك شيئا يكفر به ؛ وكذلك إن قلنا يملك ولم يأذن له سيده بالتكفير في المال ففرضه الصيام ، وإن ملك لأنه

محجور عليه ممنوع من التصرف فيما في يده، قال وأصحابنا يجعلون في العبد روايتين مطلقاً سواء قلنا يملك أو لا يملك، ثم على الرواية التي تجيز له التكفير بالمال له أن يطعم وهل له أن يعتق؟ على روايتين.

إحداهما : ليس له ذلك لأن العتق يقتضي الولا. والولاية والارث وليس ذلك للعبد ولكن يكفر بالاطعام وهذا رواية عن مالك، وبه قال الشافعي على القول الذي يجيز له التكفير بالمال.

والثانية : له التكفير بالعتق لأن من صح تكفيره بالمال صح بالعتق كالحر ولأنه يملك العبد فصح تكفيره بإعتاقه كالحر، وقولهم : إن العتق يقتضي الولا. والولاية لأنسلم ذلك في العتق في الكفارة على ما أسلفناه، وإن سلمنا فتخلف بعض الأحكام لا يمنع ثبوت المقتضى فإن الحكم يتخلف بتخلف سببه لا لتخلف أحكامه كما أنه يثبت لوجود سببه، ولأن تخلف بعض الأحكام مع وجود المقتضى إنما يكون لما منع منها، ويجوز أن يختص المنع بها دون غيرها ولما هذا السبب المقتضى لهذه الأحكام لا يمنع ثبوته تخلفها عنه في الرقيق على أن الولا. يثبت باعتاق العبد لـ كن لا يرث به كما لو اختلف ديناهما، وهذا اختيار أبي بكر وفرع عليه إذا أذن له سيده فأعتق نفسه ففيه قولان.

أحدهما : يجزئه لأنه رقة تجزى. عن غيره فأجزأت عن نفسه كغيره. والآخر : لا يجزئه لأن الأذن له في الاعتاق ينصرف إلى إعتاق غيره وهذا التعليل يدل على أن سيده لو أذن له في إعتاق نفسه عن كفارته جاز، فأما إن أطلق الأذن في الاعتاق فليس له أن يعتق إلا أقل رقة تجزى. عن الواجب وليس له اعتاق نفسه إذا كانت أفضل مما تجزى. وهذا من أبي بكر يقتضي أنه لا يعتبر في التكفير أن يملك سيده ما يكفر به لأنه لا يملك نفسه بل متى أذن له في التكفير بالعتق أو الاطعام أجزاءه لأنه لو اعتبر التملك لما صح له أن يعتق نفسه لأنه لا يملكها ولأن التملك لا يكون إلا في معين ولا يصح أن يأذن فيه مطلقاً.

(فصل) وإذا اعتق العبد عبداً عن كفارته بإذن سيده، وقلنا إن الاعتاق في الكفارة يثبت به الولا. لمعتقه ثبت ولاؤه للعبد الذي أعتقه، لقول

النبي صلى الله عليه وسلم ، إنما الولاء للمعتق ، ولا يرث لأنه ليس من أهل الميراث ولا يمنع ثبوت الولاء مع انتفاء الارث كما لو اختلف دينهما أو قتل المعتق عتيقه فانه لا يرثه مع ثبوت الولاء له عليه فان عتق المعتق له ورث بالولاء لزوال المانع كما إذا كانا مختلفي الدين فأسلم الكافر منهما ، ذكر هذا طلحة العاقولي ومقتضى هذا أن سيد العبد لا يرث عتيقه في حياة عبده كما لا يرث ولد عبده فإن أعتق عبده ثم مات ورث السيد مولى عبده لانه مولى مولاه كما أنه لو أعتق العبد وله ولد عليه الولاء لمولى أمه يجر ولاءه ويرثه سيده إذا مات أبوه .

(فصل) وليس للسيد منع عبده من التكفير بالصيام سواء كان الحلف أو الحنث بإذنه أو بغير إذنه وسواء أضر به الصيام أو لم يضر به .
وقال الشافعي . ان حنث بغير إذنه والصوم يضر به فله منعه لأن السيد لم يأذن له فيما ألزمه نفسه مما يتعلق به ضرر على السيد فيمكن له منعه وتحليله كما لو أحرم بالحج بغير إذنه .

ولنا أنه صوم واجب لحق الله تعالى فلم يكن لسيد منعه منه كصيام رمضان وقضائه ويفارق الحج لأن ضرره كثير اطول مدته وغيبته عن سيده وتقويت خدمته ولهذا ملك تحليل زوجته منه ولم يملك منعها صوم الكفارة ، فأما صوم التطوع فان كان فيه ضرر عليه فالسيد منعه منه لانه يفوت حقه بما ليس بواجب عليه . وان كان لا يضر به لم يكن لسيد منعه منه لانه يعبد ربه بما لا مضرة فيه فأشبهه ذكر الله تعالى وصلاة النافلة في غير وقت خدمته ، وللزوج منع زوجته منه في كل حال لانه يفوت حقه من الاستمتاع ويمنعه منه .

« مسألة ، قال (ولو حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق عليه فعليه الصوم لا يجزئه غيره) »

ظاهر هذا أن الاعتبار في الكفارات بحالة الحنث لانه وقت الوجوب وهو حينئذ عبد فوجب عليه الصوم ولا يجزئه غير ما وجب عليه .

وقال القاضي : هذا فيه نظر فان المنصوص أنه يكفر كفارة عبد لانه إنما يكفر بما وجب عليه يوم حنث ، ومعناه أنه لا يلزمه التكفير بالمال فان كفر به أجزأه

وهذا منصوص عن الشافعي ومن أصحابه من قال بقول الحرقي وليس على الحرقي حجة من كلام أحمد بل هو حجة له لقوله إنما يكفر ما وجب عليه وإنما للحصر تثبت المذكور وتنفي ما عداه ولم يجب عليه إلا الصوم فلا يكفر بغيره .

ووجه ذلك : أنه حكم تعلق بالعبد في رقه فلم يتغير بحريته كالحمد وهذا على القول الذي لم يجز فيه للعبد التكفير بالمال باذن سيده ، فأما على القول الآخر فله الكفير ههنا بطريق الأولى لانه اذا جاز له في حال رقه التكفير بالمال ففي حال حريته أولى وإنما احتاج الى اذن سيده في حال رقه لان المال لسيده أو لتعلق حقه بماله . وبعد الحرية قد زال ذلك ولا حاجة الى اذنه

وان قلنا : التكفير بأغلاظ الاحوال لم يكن له التكفير بغير المال ان كان موسراً وان حلف عبد وحنث وهو حر فحكمه حكم الاحرار لان الكفارة لا تجب قبل الحنث فما وجبت الا وهو حر .

(فصل) ومن نصفه حر فحكمه في الكفير حكم الحر الكامل فاذا ملك بجزئه الحر مالا يكفر به لم يجز له الصيام وله التكفير بأحد الامور الثلاثة ، وظاهر مذهب الشافعي أن له التكفير بالاطعام والكسوة دون الاعتاق لانه لا يثبت له الولاء ، ومنهم من قال لا يجزئه الا الصيام لانه منقوص بالرق أشبه اتقن ولنا قول الله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) وهذا واجد لانه يملك ملكا تاما فأشبه الحر الكامل ولا نسلم أنه لا يثبت له الولاء ثم ان امتناع بعض أحكامه لا يمنع صحته كعتق المسلم رقيقه الكافر .

مسألة ، قال (ويكفر بالصوم من لم يفضل عن قوته وقوت عياله يومه وليلته مقدار ما يكفر به)

وجملة ذلك : أن كفارة اليمين تجمع تخيرا وترتيا فيتخير بين الحصول الثلاث فان لم يجدها انتقل الى صيام ثلاثة أيام ، ويعتبر أن لا يجد فاضلا عن قوته وقوت عياله يومه وليلته قدرأ يكفر به ، وهذا قول اسحاق ونحوه قال أبو عبيد وابن المنذر .

وقال الشافعي من جاز له الاخذ من الزكاة لحاجته وفقره أجزأه الصيام لانه فقير ولان

النخعي قال إذا كان مائتاً لعشرين درهما فله الصيام ، وقال عطاء الخراساني لا يصوم من ملك عشرين درهما ولمن يملك دونها الصيام ، وقال سعيد بن جبير إذا لم يملك إلا ثلاثة دراهم كفر بها ، وقال الحسن درهمين وهذان القولان نحو قولنا :
 ووجه ذلك : أن الله تعالى اشترط للصيام أن لا يجد بقوله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) ومن وجد ما يكفر به فاضلاً عن قوته وقوت عياله فهو واجد فيلزمه التكفير بالمال لظاهر الآية ولأنه حق لا يزيد بزيادة المال فاعتبر فيه الفاصل عن قوته وقوت عياله يومه وإيلته كصدقة الفطر .

فصل

فلو ملك ما يكفر به وعليه دين مثله وهو مطالب به فلا كفارة عليه لأنه حق لأدمي والكفارة حق لله تعالى فإذا كان مطالباً بالدين وجب تقديمه كزكاة الفطر فإن لم يكن مطالباً بالدين فكلام أحمد يقتضي روايتين .
 أحدهما : تجب الكفارة لأنه لا يعتبر فيها قدر من المال فلم يسقط بالدين كزكاة الفطر .

والثانية . لا تجب لأنها حق لله تعالى يجب في المال فأسقطها الدين كزكاة المال وهذا أصح لأن حق الآدمي أولى بالتقديم لشحه وحاجته إليه وفيه نفع للغيرم وتفريغ ذمة المدين ، وحق الله تعالى مبني على المسامحة لكرمه وغناه ولأن الكفارة بالمال لها بدل ودين الآدمي لا بدل له ، وبفارق صدقة الفطر لكونها أجريت مجرى النفقة ولهذا يتحملها الإنسان عن غيره كالزوج عن امرأته وعائلته ورقيقه ولا بدل لها بخلاف الكفارة .

(فصل) فإن كان له مال غائب أو دين يرجو وفاءه لم يكفر بالصيام ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجزئه الصيام لأنه غير واجد فأجزأه الصيام عملاً بقوله تعالى : فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) وقياساً على المعسر والدليل على أنه غير واجد أن المتمتع لو عدم الهدى في موضعه انتقل إلى الصيام ولو عدم الماء في موضعه انتقل إلى التيمم ولو عدم المظاهر المال في موضعه انتقل إلى الصيام والانتقال في هذه المواضع مشروط بعدم الوجدان ولأنه غير متمكن من التكفير بالمال أشبه هذه الأصول .

ولنا أنه حق مال يجب على وجه الطهارة فلم تمنع الغيبة وجوبه كالزكاة ولا أنه غير مؤقت ولا ضرر في تأخيرها فلم يسقط بغيبته كالزكاة وفارق الهدى فإن له وقتاً يفوت بالتأخير والتيمم يفضى تأخيرها إلى فوات الصلاة وتأخير كفارة الظهار يفضى إلى ترك الوطء وفيه ضرر بخلاف مسألتنا ولا نسلم عدم التمكن وللهذا صح بيع الغائب مع أن التمكن من التسليم شرط .

« مسأله ، قال (ومن له دار لا غنى له عن سكنائها أو دابة يحتاج إلى ركوبها أو خادم يحتاج إلى خدمته أجزأه الصيام في الكفارة)

وجملته . أن الكفارة إنما تجب فيما يفضل عن حاجته الأصلية والسكنى من الحوائج الأصلية ، وكذلك الدابة التي يحتاج إلى ركوبها لكونه لا يطيق المشى فيما يحتاج إليه أو لم تجر عاداته به ، وكذلك الخادم الذي يحتاج إلى خدمته لكونه ممن لا يخدم نفسه لمرض أو كبر أو لم تجر عاداته به وهذه الثلاثة من الحوائج الأصلية لا تمنع التكفير بالصيام ولا الزكاة من الأخذ والكفارة .

وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك : من ملك رقبة تجزىء في الكفارة لا يجزئ الصيام ، وإن كان محتاجاً إليها لخدمته لأنه واجد لرقبة يعتقها فيلزمه ذلك لقوله تعالى (أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) فاشترط للصيام أن لا يجدها .

ولنا أنها مستغرقة لحاجته الأصلية فلم تمنع جواز الانتقال كالمسكن والمركوب والطعام الذي هو محتاج إليه وما ذكره يبطل بالطعام المحتاج إليه وبها إذا وجد الماء وهو محتاج إليه للعطش فإنه لا يمنع الانتقال إلى التيمم ولأن وجدان ثمن الرقبة كوجدانها ولهذا لم يجز لمن وجد ثمنها الانتقال إلى الصيام ومع هذا لو وجد ثمنها الذي يحتاج إليه لم يمنعه الانتقال كذا ههنا .

إذا ثبت هذا . فإنه إن كان في شيء من ذلك فضل عن حاجته مثل من له دار كبيرة تساوى أكثر من دار مثله ودابة فوق دابة مثله وخادم فوق خادم مثله يمكن أن يحصل به قدر ما يحتاج إليه وتفضل فضلة يكفر بها فإنه يباع منه الفاضل عن كفايته أو يباع الجميع ويبتاع له قدر ما يحتاج إليه ويكفر بالباقي ، وإن تعذر

بيعه أو أمكن البيع ولم يمكن شراء ما يحتاج إليه ترك ذلك وكان له الانتقال إلى الصيام لأنه تعذر الجمع بين القيام بحاجته والتكفير بالمسأل فأشبهه ما لو لم يكن فيه فضل .

(فصل) ومن له عقار يحتاج إلى أجرته لمؤنته وحوائجه الأصلية أو بضاعة يختل ربحها المحتاج إليه بالتكفير منها أو سائمة يحتاج إلى ثباتها حاجة أصلية أو أثاث يحتاج إليه وأشباه هذا فله التكفير بالصيام لأن ذلك مستغرق لحاجته الأصلية فأشبهه المعدم .

« مسأله ، قال (ويجزئه ان أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة) »

وجملته : أنه إذا أطعم بعض المساكين وكسى الباقين بحيث يستوفي العدد أجزأه في قول إمامنا والثوري وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي : لا يجزئه لقول الله تعالى (فكفارة إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم) فوجه الدلالة من وجهين .

أحدهما : أنه جعل الكفارة أحد هذه الخصال الثلاثة ولم يأت بواحد منها .
الثاني : أن اقتصره على هذه الخصال الثلاث دليل على انحصار التكفير فيها وما ذكرتموه خصلة رابعة ولأنه نوع من التكفير فلم يجزئه تبويضه كالعتق ولأنه وفق الكفارة من نوعين فأشبه ما لو أعتق نصف عبد وأطعم خمسة أو كساهم .
ولنا أنه أخرج من المنصوص عليه بعده العدد الواجب فأجزأ كما لو أخرجه من جنس واحد ولأن كل واحد من النوعين يقوم مقام صاحبه في جميع العدد فقام مقامه في بعضه كالكفارتين وكالتيمم لما قام مقام الماء في البدن كله في الجنابة جاز في بعضه في طهارة الحدث فيما إذا كان بعض بدنه صحيحاً وبعضه جريحاً وفيما إذا وجد من الماء ما يكفي بعض بدنه ، ولأن معنى الطعام والكسوة متقارب إذ القصد منهما سد الحاجة ودفع الحاجة ، وقد استويا في العدد واعتبار المسكنة في المدفوع إليه وتنوعهما من حيث كونهما في الاطعام سداً لجوعه وفي الكسوة ستر العورة لا يمنع الأجزاء في الكفارة الملققة منهما كما لو كان أحد الفقيرين محتاجاً إلى ستر عورته ، والآخر إلى الاستدفاء ولأنه قد خرج عن عمدة الذين أطعمهم

بالإطعام فيخرج عن عهدة الذين كساهم بالكسوة بدليل أنه لا يلزمه بالانفاق أكثر من إطعام من بقي ولا كسوة أكثر ممن بقي وإذا خرج عن عهدة عشرة مساكين وجب أن يجزئه كما لو اتفق النوع .

وأما الآية فإنها تدل بمعناها على ما ذكرناه فإنها دلت على أنه مخير في كل فقير بين أن يطعمه أو يكسوه وهذا يقتضي ما ذكرناه ويصير كما يخير في الصيد الحريم بين أن يفديه بالنظير أو يقوم النظير بدراهم فيشتري بها طعاماً يتصدق به أو يصوم عن كل مد يوماً ، فلو صام عن بعض الأمداد وأطعم بعضاً أجزاء كذلك ههنا ، وكذلك الدية لما كان مخيراً بين إخراج ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم لو أعطى البعض ذهباً والبعض دراهم جاز .

وفارق ما إذا أعتق نصف عبد وأطعم خمسة أو كساهم لأن تنصيف العتق يخل بالآخر لما سنذكره بعد هذا .

(فصل)

وان أطعم المسكين بعض الطعام وكساه بعض الكسوة لم يجزئه لأنه ما أطعمه الطعام الواجب له ولا كساه الكسوة الواجبة فصار كمن لم يطعمه شيئاً ولم يكسه وان أطعم بعض المساكين براً وبعضهم تمرأ أو من جنس آخر أجزاء ، وقال الشافعي : لا يجزئه .

ولنا قوله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين) وقد أطعمهم من جنس ما يجب عليه ولأنه لو كسا بعض المساكين قطناً وبعضهم كتاناً جاز مع اختلاف النوع كذلك الإطعام .

مسألة ، قال (وان) أعتق نصفين أو نصفين أمتين أو نصفين عبد وأمة أجزاء عنه (

وقال الشريف أبو جعفر : هذا قول أكثرهم يعني أكثر الفقهاء ، وقال أبو بكر بن جعفر : لا يجزى . لأن المقصود من العتق تكميل الأحكام ولا يحصل من إعتاق نصفين .

واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة أوجه فمنهم من قال كقول الحنفية ومنهم

من قال كقول أبي بكر ومنهم من قال ان كان نصف الرقيق حراً لانه يحصل
تكميل الاحكام ، وان كان رقيقاً لم يجز لانه لا يحصل .

ولنا أن الاشخاص كالاشخاص فيها لا يمنع منه العيب اليسير دليله الزكاة ،
ونعني به اذا كان له نصف ثمانين شاة مشاعاً وجبت الزكاة كما لو ملك أربعين
منفردة وكالمهدايا والضحايا إذا اشترى كوا فيها

والأولى أنه لا يحزى إعتاق نصفين إذا لم يكن الباقي بينهما حراً لأن إطلاق
الرقبة إذا ينصرف الى إعتاق الكاملة ولا يحصل من الشقصين ما يحصل من الرقبة
الكاملة من تكميل الاحكام وتخليص الأدمى من ضرر الرق ونقصه فلا يثبت به
من الاحكام ما يثبت بإعتاق رقبة كاملة ، ويتنع قياس الشقصين على الرقبة الكاملة
ولهذا لو أمر إنسانا بشراء رقبة أو بيعها أو يهداه حيوان أو بالصدقة به لم يكن
له أن يشقصه كذا ههنا :

« مسأله ، قال (وان أعتق نصف عبد وأطعم خمسة مساكين أو كساهم
لم يجزئه) »

لا نعلم في هذا خلافاً وذلك لأن مقصودهما مختلف متباين إذ كان القصد من
العتق تكميل الاحكام وتخليص المعتق من الرق ، والقصد من الإطعام والكسوة
سد الخلة وإبقاء النفس بدفع المجاعة في الطعام وستر العورة ودفع ضرر الحر والبرد
في الكسوة فلهذا قرب معناهما واتحاد مصرفهما جرياً مجرى الجنس الواحد فأكملت
الكفارة من أحدهما بالآخر ولذلك سوى بين عددهما ، ولتباعد مقصد العتق منهما
واختلاف مصرفهما ومباينتهما له لم يجزياً مجرى الجنس الواحد فلم يكمل به واحد
منهما ولذلك خالف عدده عددهما .

(فصل) ولو أطعم بعض المساكين أو كساهم أو أعتق نصف عبد ولم يكن له
ما يتم به الكفارة فصام عن الباقي لم يجزئه ولأنه بدل في الكفارة فلم تكمل به
كسائر الأبدال مع مبدلاتها ، ولأن الصوم من الطعام والكسوة أبعد من العتق
فإذا لم يجز تكميل أحد نوعي المبدل من الآخر فتكميله بالمبدل أولى ، فإن قيل
يطل هذا بالغسل والوضوء مع التيمم .

قلنا : التيمم لا يأتي ببعضه بدلا عن بعض الطهارة وإنما يأتي به بكامله وهذا لو أتى بالصيام جميعه أجزأه .

• مسأله • قال (ومن دخل في الصوم ثم أيسر لم يكن عليه الخروج من الصوم الى العتق أو الاطعام الا أن يشاء)

في هذه المسأله فصلان . أحدهما : أنه إذا شرع في الصوم ثم قدر على العتق أو الاطعام أو الكسوة لم يلزمه الرجوع إليها وروى ذلك عن الحسن وقتادة وبه قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر . وروى عن النخعي والحكم أنه يلزمه الرجوع إلى أحدها وبه قال الثوري وأصحاب الرأي لأنه قدر على المبدل قبل إتمام البدل فلو لم يلزمه الرجوع كالتيمم إذا قدر على الماء قبل إتمام صلاته . ولنا : أنه بدل لا يبطل بالقدرة على المبدل فلم يلزمه الرجوع الى المبدل بعد الشروع فيه كما لو شرع المتمتع العاجز عن الهدى في صوم السبعة الايام فانه لا يخرج بلا خلاف .

والدليل على ان البدل لا يبطل ان البدل الصوم وهو صحيح مع قدرته اتفاقا وفارق التيمم فانه يبطل بالقدرة على الماء بعد فراغه منه ، ولان الرجوع الى طهارة الماء لا مشقة فيه ليسره والكفارة يشق الجمع فيها بين خصلتين وإيجاب الرجوع يفضى الى ذلك ، فان قيل ينتقض دليلكم بما إذا شرع المتمتع في صوم الثلاثة ، قلنا اذا قدر على الهدى في صوم الثلاثة تبيننا انه ليس بعادم له في وقته لان وقت الهدى يوم النحر بخلاف مسئلتنا .

(الفصل الثاني) انه ان احب الانتقال الى الاعلى فله ذلك في قول أكثرهم ولا نعلم خلافا الا في العبد اذا حنث ثم عتق

وقال أبو الخطاب لا يجوز الانتقال في مسئلتنا محتجا بقول الحرقى اذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق قال وهو ظاهر كلام احمد لقوله في العبد انما يكفر ما وجب عليه .

ولنا ان العتق والاطعام الاصل فأجزأه التكفير به كالمو تسكفـ الفقير فاستدان وأعتق ، وأما العبد إذا عتق فيحتمل انه يجوز له الانتقال كمسئلتنا ، ويحمل كلام

أحمد على أنه لا يلزمه الانتقال ، ويحتمل أنه يفرق بينه وبين الحر من حيث أن الحر كان يجزئه التكفير بالمال لو تكلفه ، والعبد لم يكن يجزئه إلا الصيام على رواية (فصل) ولو وجبت الكفارة على مومر فأعسر لم يجزئه الصيام . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي : يجزئه لأنه عاجز عن المبدل فجاز له العدول إلى البدل كما لو وجبت عليه الصلاة ومعه ماء فاندفق قبل الوضوء به . ولنا أن الإطعام وجب عليه في الكفارة فلم يسقط بالعجز عنه كالأطعام في كفارة الظهار ، وفارق الوضوء . لأن الصلاة واجبة ولا بد من أدائها فاحتج إلى الطمارة لها في وقتها بخلاف الكفارة

(فصل) والكفارة في حق العبد والحر ، والرجل والمرأة ، والمسلم والكافر سواء ، لأن الله تعالى ذكر الكفارة بلفظ عام في جميع المخاطبين فدخل الكل في عمومه إلا أن الكافر لا يصح منه التكفير بالصيام لأنه عبادة وليس هو من أهلها ولا بالاعتناق لأن من شرطه الإيمان في الرقبة ، ولا يجوز لكافر شراء مسلم إلا أن يتفق إسلامه في يديه أو يرث مسلماً فيعتقه فيصبح إعتاقه ، وإن لم يتفق ذلك فتكفيره بالأطعام أو الكسوة فإذا كفر به ثم أسلم لم يلزمه إعادة التكفير ، وإن أسلم قبل التكفير كفر بما يجب عليه في تلك الحال من اعتناق أو إطعام أو كسوة أو صيام ، ويحتمل على قول الخرقى ألا يجزئه الصيام ، لأنه إنما يكفر بما وجب عليه حين الحنث ولم يكن الصيام مما وجب عليه .

باب جامع الأيمان

« مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله تعالى (ويرجع في الأيمان الى النية)

وجملة ذلك أن مبنى اليمين على نية الخالف فإذا نوى يمينه ما يحتمله انصرفت يمينه اليه ، سواء كان ما نواه موافقا لظاهر اللفظ أو مخالفا له ، فالموافق للظاهر أن ينوى باللفظ موضوعه الأصلي ، مثل أن ينوى باللفظ العام العموم وبالمطلق الإطلاق وبسائر الالفاظ ما يتبادر الى الافهام منها ، والمخالف بتنوع أنواعا . أحدها أن ينوى بالعام الخاص ، مثل أن يحلف لا يأكل لحما ولا فاكهة ويريد لحما بيمينه وفاكهة بيمينها .

ومنها أن يحلف على فعل شيء أو تركه مطلقا ، وينوى فعله أو تركه في وقت بعينه ، مثل أن يحلف لا أتغدى ، يعنى اليوم . أو لا كان ، يعنى الساعة . ومنها أن ينوى يمينه غير ما يفهمه السامع منه كما ذكرنا في المعاريض في مسألة اذا تأول في يمينه فله تأويله .

ومنها أن يريد بالخاص العام ، مثل أن يحلف لا شربت لفلان الماء من العطش ، ينوى قطع كل ما له فيه منة أو لا يأوى مع امرأته في دار يريد جفائها بترك اجتماعها معه في جميع الدور ، أو حلف لا يلبس ثوبا من غزلها ، يريد قطع منتهى به فيتعلق يمينه بالانتفاع به أو بشمنه عما لها فيه منة عليه

وهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي لأجرة بالنية والسبب فيها يخالف لفظه لأن الحنث مخالفة ما عقد عليه اليمين واليمين لفظه ، فلو أحثناه على ما سواه لأحثنا على ما نوى لا على ما حلف ، ولأن النية بمجرد ما لا تنعقد بها اليمين فكذلك لا يحنث بمخالفتها .

ولنا أنه نوى بكلامه ما يحتمله ويسوع في اللغة التعبير به عنه فينصرف يمينه اليه كالمعارض ، وبيان احتمال اللفظ أنه يسوع في كلام العرب التعبير بالخاص عن العام ، قال الله تعالى (ما يملكون من قطمير — ولا يظلمون فتىلا — وإذا لا يأتون الناس نقيرا) والقطمير : لفافة النواة ، والفتيل : ما في شقها : والنقير :

النقرة التي في ظهرها ، ولم يرد ذلك بعينه بل نفى كل شيء ، وقال الخطيئة يهجو
بنى العجلان : ولا يظلمون الناس حبة خردل

ولم يرد الحبة بعينها ، إنما أراد لا يظلمونهم شيئاً ، وقد يذكر العام ويراد به
الخاص كقوله تعالى (الذين قال لهم الناس) يعنى رجلاً واحداً (إن الناس قد
جمعوا لكم) يعنى أبا سفيان وقال تعالى (تدمر كل شيء) ولم يرد السماء والأرض
ولا مساكنهم وإذا احتمله اللفظ وجب صرف اليمين اليه لقول النبي (ص)
« إنما لأمرى ما نوى ، ولأن كلام الشارع يحمل على مراده ، إذا ثبت ذلك بالدليل
فكذلك كلام غيره وقولهم : إن الحنث مخالفة ما عقد عليه اليمين ، قلنا وهذا
كذلك فإنما انعقدت عليه اليمين على ما نواه ولفظه مصروف اليه وليست هذه نية
بجردة بل لفظ منوى به ما يحتمله

فصل

ومن شرط انصراف اللفظ الى ما نواه احتمال اللفظ له ، فإن نوى ما
لا يحتمله اللفظ مثل أن يحلف لا يأكل خبزاً ، يعنى به لا يدخل بيتاً فإن يمينه
لا تنصرف الى المنوى لأنها نية مجردة لا يحتملها اللفظ فأشبهه ما لو نوى ذلك بغير يمين

« مسألة ، قال (فإن لم ينو شيئاً رجع الى سبب اليمين وما هيجهما)

وجملته أنه إذا عدمت النية نظرنا في سبب اليمين وما أثارها لدلالته على النية
فإذا حلف لا يأوى مع امرأته في هذه الدار ، نظرنا فإن كان سبب يمينه غيظاً من
جدة الدار لضرر لحقه منها أو منه عليه بها اختصت يمينه بها ، وإن كان لغيظاً لحقه
من المرأة يقتضى جفائها ولا أثر للدار فيه تعلق ذلك بإيوائه معها في كل دار ،
وكذلك إذا حلف لا يلبس ثوباً من غزلها ، فإن كان سببه المنة عليه منها فكيفما
انتفع به أو بشمنه حنث ، وإن كان سبب يمينه خشونة غزلها وردائه لم يتعد يمينه
لبسه ، والخلاف في هذه المسألة كالخلاف في التي قبلها قد دللنا على تعلق اليمين بما
نواه والسبب دليل على النية فيتعلق اليمين به . وقد ثبت أن كلام الشارع إذا كان
خاصاً في شيء لسبب عام تعمدي الى ما يوجد فيه السبب كتخصيصه على تحريم

التفاضل في أعيان ستة أثبت الحكم في كل ما يوجد فيه معناها كذلك في كلام
الآدمي مثله ، فأما ان كان اللفظ عاما والسبب خاصا مثل من دعى الى غداء فحلف
لا يتغدى أو حلف لا يقعد ، فإن كانت له نية فيمينه على ما نوى ، وإن لم تكن
له نية فكلام احمد يقتضى روايتين :

أحدهما أن اليمين محمولة على العموم لان أحمد مثل عن رجل حلف
لا يدخل بلدا لظلم رآه فيه فزال الظلم ، فقال النذر يوفى به ، يعنى لا يدخله .
ووجه ذلك أن لفظ الشارع اذا كان عاما لسبب خاص وجب الاخذ بعموم اللفظ
دون خصوص السبب ، كذلك يمين الحالف

وذكر القاضى فيمن حلف على زوجته أو عبده أن لا يخرج الا بإذنه فعتق
العبد وطلق الزوجة وخرجا بغير اذنه لا يحنث لان قرينة الحال تنقل حكم الكلام
الى نفسها ، وإنما يملك منع الزوجة والعبد مع ولايته عليهما ، فكأنه قال ما دمتما فى
ملكى ، ولأن السبب يدل على النية فى الخصوص كدلالته عليها فى العموم ، ولو
نوى الخصوص لاختصت يمينه به فكذلك اذا وجد ما يدل عليها . ولو حلف
لعامل لا يخرج الا بإذنه فعزل ، أو حلف أن لا يرى منكرا الا رفعه الى فلان
القاضى فعزل ففيه وجهان بناء على ما تقدم . أحدهما لا تنحل اليمين بعزله .

قال الماضى : هذا قياس المذهب لأن اليمين اذا تعلقت بعين موصوفة تعلقت
بالعين وإن تغيرت الصفة ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى .

والوجه الآخر : تنحل اليمين بعزله ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لانه لا يقال
رفعه اليه الا فى حال ولايته فعلى هذا ان رأى المنكر فى ولايته فأمكنه رفعه فلم يرفعه اليه
حتى عزل لم يبر برفعه اليه حال كونه معزولا ، وهل يحنث بعزله ؟ فيه وجهان .
أحدهما يحنث لانه قد فات رفعه اليه فأشبهه ما لو مات

والثانى لا يحنث لانه لم يتحقق فواته لاحتمال أن يلى برفعه اليه بخلاف ما اذا
مات فإنه يحنث لانه قد تحقق فواته ، واذا مات قبل امكان رفعه اليه حنث أيضا
لانه قد فات ، فأشبهه ما لو حلف ليضربن عبده فى غد فمات العبد اليوم ، ويحتمل
أن لا يحنث لانه لم يتمكن من فعل المحلوف عليه فأشبهه المذكور ، وإن قلنا لا تنحل
يمينه بعزله فرفعه اليه بعد عزله بر بذلك .

(فصل) فإن اختلف السبب والنية ، مثل : أن امتنت عليه امرأته بغزلها فحلف أنه لا يلبس ثوبا من غزلها ينوى اجتناب اللبس خاصة دون الانتفاع بثمنه وغيره قدمت النية على السبب وجها واحداً ، لأن النية وافقت مقتضى اللفظ . وإن نوى يمينه ثوبا واحداً فكذلك في ظاهر كلام الخرقى ، وقال القاضى يقدم السبب لأن اللفظ ظاهر في العموم والسبب يؤكد ذلك الظاهر ويقويه لأن السبب هو الامتنان وظاهر حاله قطع النية فلا يلتفت إلى نيته المخالفة للظاهرين ، والأول أصح لأن السبب إنما اعتبر لدلالته على القصد ، فاذا خالف حقيقة القصد لم يعتبر فكان وجوده كعدمه فلم يبق الا لفظه بعمومه والنية تخصه على ما بيناه فيما مضى

« مسألة ، قال (ولو حلف لا يسكن داراً هو ساكنها خرج من وقته ، فإن

تخلف عن الخروج من وقته حنث)

وجملة ذلك : أن ساكن الدار اذا حلف لا يسكنها فمضى أقام فيها بعد يمينه زمناً يمكنه فيه الخروج حنث : لأن استدامة السكنى كابتدائها في وقوع اسم السكنى عليها ، ألا تراه يقول : سكنت هذه الدار شهراً ، كما يقول : لبست هذا الثوب شهراً ؟ وبهذا قال الشافعى ، وإن أقام لنقل رحله وقماشه لم يحنث لأن الانتقال لا يكون إلا بالأهل والمال فيحتاج أن ينقل ذلك معه حتى يكون منتقلاً ، وحكى عن مالك أنه ان أقام دون اليوم واليلة لم يحنث ، لأن ذلك قليل يحتاج اليه في الانتقال فلم يحنث به .

وعن زفر أنه قال : يحنث وإن انتقل في الحال ، لأنه لا بد من أن يسكن ساكناً عقيب يمينه ولو لحظه فيحنث بها وليس بصحيح ، فإن ما لا يمكن الاحتراز منه لا يراد باليمين ، ولا يقع عليه ، وأما إذا أقام زمناً يمكنه الانتقال فيه فإنه يحنث لأنه فعل ما يقع عليه اسم السكنى فحنث به كوضع الاتفاق ، ألا ترى أنه لو حلف لا يدخل الدار فدخل الى أول جزء منها حنث وإن كان قليلاً ؟

(فصل) وإن أقام لنقل متاعه وأهله لم يحنث ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال

الشافعى : يحنث .

ولنا : أن الانتقال إنما يكون بالأهل والمال على ما سذكروه ولا يمكنه التحرز من هذه الإقامة فلا يقع اليقين عليها وعلى هذا أن خرج بنفسه وترك أهله وماله في المسكن مع إمكان نقلهم عنه حنث .

وقال الشافعي : لا يحنث إذا خرج بنية الانتقال لأنه إذا خرج بنية الانتقال فليس بساكن ، ولأنه يجوز أن يريد السكنى وحده دون أهله وماله .

ولنا : أن السكنى تكون بالأهل والمال ، ولهذا يقال : فلان ساكن بالبلد الفلاني وهو غائب عنه بنفسه ، وإذا نزل بدأ بأهله وماله يقال : سكنه ، ولو نزله بنفسه لا يقال سكنه . وقولهم : أنه نوى السكنى بنفسه لا يصح فإن من خرج إلى مكان لينقل أهله إليه ولم ينو السكنى بنفسه فأشبهه من خرج يشتري متاعاً ، وإن خرج عازماً على السكنى بنفسه منفرداً عن أهله الذي في الدار لم يحنث ويدين فيها بينه وبين الله تعالى . ذكره القاضى .

وحكى عن مالك : أنه اعتبر نقل عياله دون ماله والأولى أن شاء الله أنه إذا انتقل بأهله فسكن في موضع آخر فإنه لا يحنث ، وإن بقي متاعه في الدار . لأن مسكنه حيث حل أهله به ونوى الإقامة به ، ولهذا لو حلف لا يسكن داراً لم يكن ساكناً لها فنزلها بأهله ناوياً للسكنى بها حنث .

وقال القاضى : أن نقل إليها ما يتأث به ويستعمله في منزله فهو ساكن وإن سكنها بنفسه .

(فصل) وإن أكره على المقام لم يحنث لقول النبي صلى الله عليه وسلم : عني لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، وكذلك إن كان في جوف الليل في وقت لا يجد منزلاً يتحول إليه أو يحول بينه وبين المنزل أبواب مغلقة لا يمكنه فتحها أو خوف على نفسه أو أهله أو ماله ، فأقام في طلب النقلة أو انتظاراً لزوال المانع منها أو خرج طالبا للنقلة فتعذرت عليه إما لكونه لم يجد مسكناً يتحول إليه لتعذر الكراه أو غيره أو لم يجد بهائم ينتقل عليها ولا يمكنه النقلة بدونها فأقام ناوياً للنقلة متى قدر عليها لم يحنث ، وإن أقام أياماً وليالي ، لأن إقامته عن غير اختيار منه لعدم تمكنه من النقلة ، فإنه إذا لم يجد مسكناً لا يمكنه ترك أهله وإلقاء متاعه في الطريق فلم يحنث به كالمقيم للاكراه .

وان اقام في هذا الوقت غير ناو للنقلة حنث ويكون نقله لما يحتاج الى نقله على ما جرت به العادة فلو كان ذا متاع كثير فنقله قليلا قليلا على العادة بحيث لا يترك النقل المعتاد لم يحنث وان اقام أياما ، ولا يلزمه جمع دواب البلد لنقله ولا النقل بالليل ، ولا وقت الاستراحة عند التعب ، ولا أوقات الصلوات ؛ لان العادة لم تجر بالنقل فيها ؛ ولو ذهب رحله أو أودعه أو أعاره وخرج لم يحنث لأن يده زالت عن المتاع فان تردد الى الدار لنقل المتاع أو عائدا لمريض أو زائرا لصديق لم يحنث وقال القاضي : ان دخلها ومن رأيه الجلوس عنده حنث والا فلا .

ولنا : ان هذا ليس بسكنى ولذلك لو حلف ليسكن دارا لم يبر بالجلوس فيها لانه على هذا الوجه لا يسمى ساكنا به بهذا العذر فلم يحنث به كما لو لم ينو الجلوس وان كان له في الدار امرأة أو عائلة فأرادهم على الخروج معه والانتقال عنها فأبوا ولم يسكنه إخراجهم فخرج وتركهم لم يحنث ، ولان هذا مما لا يسكنه فأشبه ما لم يسكنه نقله من رحله .

(فصل) وان حلف لا يساكن فلانا فالحكم في الاستدامة على ما ذكرنا في الحلف على السكنى وان انتقل أحدهما وبقي الآخر لم يحنث لزوال المساكنة وان سكتا في دار واحدة وكل واحد في بيت ذى باب وغلق رجعا الى نيتة يمينه أو الى سببها وما دلت عليه قرائن أحواله في المحلوف على المساكنة فيه فان عدم ذلك كله حنث وهذا قول مالك .

وقال الشافعى : ان كانت الدار صغيرة فهما متساكنان لان الصغيرة مسكن واحد ، وان كانت كبيرة إلا أن أحدهما في البيت والآخر في الصفة أو كانا في صفتين أو بيتين ليس على أحدهما غلق دون صاحبه فهما متساكنان ، وان كانا في بيتين كل واحد منهما له غلق أو كانا في خان . فليسا متساكنين لان كل واحد منهما ينفرد بمسكنه دون الآخر فأشبهها المتجاورين كل واحد منهما ينفرد بمسكنه . ولنا : أنها في دار واحدة فكانا متساكنين كالصغيرة وفارق المتجاورين في الدارين فإنها ليسا متساكنين ويمينه على نفي المساكنة لا على المجاورة ، ولو كانا في دار واحدة حالة اليمين فخرج أحدهما منها وقسمها حجرتين ، وفتحنا لكل

واحدة منهما بابا وبينهما حاجز ثم سكن كل واحد منهما في حجرة لم يحنث لانهما غير متساكنين ، وان تشاغلا ببناء الحاجز بينهما وهما متساكنان حنث . لانهما تساكنوا قبل انفراد احدي الدارين من الاخرى ، وهذا قول الشافعى ، ولا نعلم فيه خلافا .

(فصل) فان حلف لا سا كنت فلانا في هذه الدار قسمها حجرتين وبنيا بينهما حائطا وفتح كل واحد منهما لنفسه بابا ثم سكنوا فيهما لم يحنث لما ذكرنا في التي قبلها ، وهذا قول الشافعى وابن المنذر وأبي ثور وأصحاب الراى . وقال مالك : لا يعجبني ذلك ويحتمله قياس المذهب لكونه عين الدار ولا ينحل بتغيرها كما لو حلف لا يدخلها فصارت نصا ، والاول أصح لانه لم يساكنه فيها لكون المساكنة في الدار لا تحصل مع كونهما دارين وفارق الدخول فاته دخلها متغيرة .

(فصل)

وان حلف ليخرجن من هذه الدار اقتضت يمينه الخروج بنفسه وأهله كما لو حلف لا يسكنها ، وان حلف ليخرجن من هذه البلدة تناولت يمينه الخروج بنفسه ، لان الدار يخرج منها صاحبها في اليوم مرات عادة ، فظاهر حاله أنه لم يرد الخروج المعتاد وانما أراد الخروج الذي هو النقلة ، والخروج من البلد بخلاف ذلك ، واذا خرج الحالف فهل له العود فيه ؟ عن أحمد روايتان .

احدهما : لا شيء عليه في العود ولا يحنث به ، لأن يمينه على الخروج وقد خرج فانحلت يمينه لفعل ما حلف عليه فلم يحنث فيها بعد .

والثانية : يحنث بالعود لان ظاهر حاله قصد هجران ما حلف على الرحيل منه ولا يحصل ذلك بالعود ويمكن حمل هذه الرواية على أن المحلوف عليه سببا هيج يمينه أو دلت قرينة حاله على ارادته هجرانه أو نوى ذلك بيمينه فاقترضت يمينه دوام اجتنابها ، وان لم يكن كذلك لم يحنث بالعود لأن اليمين تحمل عند عدم ذلك على مقتضى اللفظ ، ومقتضاه ههنا الخروج وقد فعله فانحلت يمينه ، وكذلك الحكم اذا حلف على الرحيل منها الا أنه اذا حلف على الرحيل من بلد لم يبر الا بالرحيل بأهله .

« مسأله ، قال (ولو حلف لا يدخل داراً فدخلها ولم يـمـكنه الامتناع لم يحنث)

نص عليه أحمد هذا في رواية أبي طالب وهو قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً . وذلك لان الفعل غير موجود منه ولا منسوب اليه وان حمل بأمره فأدخلها حنث لانه دخل مختاراً فأشبهه ما لو دخل راكبا ، وان حمل بغير أمره ولا مـكـنه الامتناع فلم يمتنع حنث أيضا لانه دخلها غير مكره فأشبهه ما لو حمل بأمره ، وقال أبو الخطاب : في الحنث وجهان .

أحدهما : لا يحنث لانه لم يفعل الدخول ولم يأمر به فأشبهه ما لو لم يـمـكنه الامتناع ومتى دخل باختياره حنث سواء كان ماشيا أو راكبا أو محمولا أو ألقى نفسه في ماء فجره اليها أو سمح فيه فدخلها وسواء دخلها من بابها أو تسور حائطها أو دخل من طاقة فيها أو نفب حائطا ودخل من ظهرها أو غير ذلك .

(فصل) فإن أكره بالضرب ونحوه على دخولها فدخلها لم يحنث في أحد الوجهين وهو أحد قول الشافعي ، وفي الآخر يحنث ، وهو قول أصحاب الرأي ونحوه قول النخعي لانه فعل ما حلف على تركه ودخلها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « عني لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، ولانه دخلها مكرها فأشبهه ما لو حمل مكرها .

(فصل) وان رقى فوق سطحها حنث ، وبهذا قال مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي لا يحنث ولا أصحابه فيها اذا كان السطح محجرا وجهان ، واحتجوا بأن السطح بقيما الحر والبرد ويحزها فهو كحيطانها .

ولنا أن سطح الدار منها وحكمه حكمها سواء فحنث بدخوله كالحجر أو كما لو دخل بين حيطانها ، ودليل ذلك أنه يصح الاعتكاف في سطح المسجد ويمنع الاجنب من اللبث فيه ولو حلف ليخرجن من الدار فصعد سطحها لم يبر ولو حلف أن لا يخرج منها فصعد سطحها لم يحنث ولانه داخل في حدود الدار ومملوك لصاحبها ويملك بشرائها ويخرج من ملك صاحبها ببيعها والباث عليه يقال بات في داره ، وبهذا يفارق ما وراء حائطها فإن كان في اليمين قرينة لفظية أو حالة

تقتضى اختصاص الارادة بداخل الدار مثل أن يكون سطح الدار طريقا وسبب يمينه يقتضى ترك وصلة أهل الدار لم يحث بالمرور على سطحها ، وكذلك ان نوى يمينه باطن الدار تقيدت يمينه بما نواه لانه ليس للمرء الا ما نواه .

فصل

فإن تعلق بفحص شجرة في الدار لم يحث ، وإن صعد حتى صار في مقابلة سطحها بين حيطانها حث . وإن لم ينزل بين حيطانها احتمل ان يحث لانه في هوائها ، وهو اؤها ملك لصاحبها ، فأشبه ما لو قام على سطحها . واحتمل أن لا يحث لانه لا يسمى داخلا ولا هو على شيء من أجزائها ، وكذلك ان كانت الشجرة في غير الدار فتعلق بفرع ماد على الدار في مقابلة سطحها ، فإن قام على حائط الدار احتمل وجهين .

أحدهما انه يحث ، وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي ، لانه داخل في حدها فأشبه القائم على سطحها .

والثاني : لا يحث لانه لا يسمى دخولا . وإن قام في طاق الباب فكذلك لانه بمنزلة حائطها . وقال القاضى : اذا قام على العتبة لم يحث لأن الباب اذا غلق حصل خارجا منها ولا يسمى داخلا فيها .

(فصل) وإن حلف أن لا يضع قدمه في الدار فدخلها راكبا أو ماشيا منعولا أو حافيا حث كما لو حلف أن لا يدخلها ، وبهذا قال أصحاب الرأي ، وقال أبو ثور : ان دخلها راكبا لم يحث لانه لم يضع قدمه فيها .

ولنا أنه قد دخل الدار لحث كما لو دخلها ماشيا ، ولا نسلم أنه لم يضع قدمه فيها فإن قدمه موضوعة على الدابة فيها . فأشبه ما لو دخلها منتعلا وعلى أن هذا في العرف عبارة عن اجتناب الدخول فتحمل اليمين عليه ، فإن قيل : هذا مجاز لا يحمل اليمين عليه . قلنا : المجاز اذا اشتهر صار من الاسماء العرفية فينصرف اللفظ بإطلاقه اليه كلفظ الراوية والدابة وغيرهما

(فصل) وإن حلف لا يدخل هذه الدار من بابها فدخلها من غير الباب لم يحث لان يمينه لم تتناول غير الباب ، ويتخرج انه يحث اذا أراد يمينه اجتناب الدار ولم يكن للباب سبب هيج يمينه : كما لو حلف لا ياوى مع زوجته في دار

فأوى معها في غيرها ، وإن حول بابها في مكان آخر فدخل فيه حنث لأنه دخلها من بابها وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وإن حلف لا دخلت من باب هذه الدار فكذلك ، وإن جعل لها باب آخر مع بقاء الأول فدخل منه حنث لأنه دخل من باب الدار ، وإن قلع الباب ونصب في دار أخرى وبقي الممر حنث بدخوله ولم يحنث بالدخول من الموضع الذي نصب فيه الباب ، لأن الدخول في الممر لا من المصراع .

(فصل)

فإن حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً مملوكة له أو داراً يسكنها بأجرة أو عارية أو غصب حنث وبذلك قال أبو ثور وأصحاب الرأي .
وقال الشافعي : لا يحنث إلا بدخول دار يملكها ، لأن الإضافة في الحقيقة إلى المالك بدليل أنه لو قال : هذه الدار لفلان كان مقراً له بملكها ولو قال : أردت أنه يسكنها لم يقبل .

ولنا أن الدار تضاف إلى ساكنها كإضافتها إلى مالكها ، قال الله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن) أراد بيوت أزواجهن التي يسكنها ، وقال تعالى (وقرن في بيوتكن) ولأن الإضافة للاختصاص وكذلك يضاف الرجل إلى أخيه بالآخوة وإلى أبيه بالبنوة وإلى ولده بالآبوة وإلى امرأته بالزوجية وساكناً الدار يختص بها فكانت إضافتها إليه صحيحة وهي مستعملة في العرف فوجب أن يحنث بدخولها كالمملوكة له .

وقولهم : إن هذه الإضافة مجاز ممنوع بل هي حقيقة لما ذكرناه ، ولو كانت مجازاً ، لكنه مشهور فيتناول اللفظ كما لو حلف لا شربت من راوية فلان فانه يحنث بالشرب من مزادته ، وأما الإقرار فانه لو قال هذه دار زيد وفسر إقراره بسكنها احتمل أن نقول يقبل تفسيره ، وإن سلمنا فإن قرينة الإقرار تصرفه إلى الملك ، وكذلك لو حلف لا دخلت مسكن زيد حنث بدخوله الدار التي يسكنها ، ولو قال هذا المسكن لزيد كان مقراً لها ، ولا خلاف في هذه المسألة وهي نظيرة مسألتنا .

(فصل) ولو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة استأجرها فلان حنث

وان ركب دابة استعارها لم يحنث ذكره أبو الخطاب ، وكذلك لو ركب دابة غصبا فلان وفارق مسأله الدار فإنه لم يحنث في الدار لكونه استعارها ولا غصبا وإنما حنث لسكنائه بها فأضيفت الدار اليه لذلك ، ولو غصبا أو استعارها من غير أن يسكنها لم تصح إضافتها اليه ، ولا يحنث الحالف فيكون كاستعير الدابة وغاصبها سواء .

(فصل) وان حلف لا يدخل دار هذا العبد ولا يركب دابته ولا يلبس ثوبه فدخل داراً جعلت برسمه أو ركب دابة جعلت برسمه أو لبس ثوباً جعل برسمه حنث وعند الشافعي لا يحنث لأنه لا يملك شيئاً والاضافة تقتضي الملك وقد قدمنا الكلام معه في الفصل الذي قبل هذا ، ويختص هذا الفصل بأن الملكية لا تمكن ههنا ، ولا تصح الاضافة بمعناها فتعين حمل الاضافة ههنا على إضافة الاختصاص دون الملك ، وان حلف لا يدخل دار زيد فدخل دار عبده حنث وبه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، لأن دار العبد ملك لسيده ، وان حلف لا يلبس ثوب السيد ولا يركب دابته فلبس ثوب عبده وركب دابته حنث وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يحنث لأن العبد بهما خص وانا أنهما مملوكان للسيد فتناولتهما بين الحالف كالدار وما ذكره يبطل بالدار

مسأله ، قال (ولو حلف لا يدخل داراً فأدخل يده أو رجله أو رأسه أو شيئاً منه حنث ، ولو حلف أن يدخل لم يبر حتى يدخل بجميعه أما إذا حلف لا يدخلن أو يفعل شيئاً لم يبر الا بفعل جميعه والدخول اليها بجملة)

لا يختلف المذهب في شيء من ذلك ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافاً لأن اليمين تناولت فعل الجميع كما لو أمره الله تعالى بفعل شيء لم يخرج من عهدة الأمر إلا بفعل الجميع ولأن اليمين على فعل شيء إخبار بفعله في المستقبل مؤكداً بالقسم والخبر بفعل شيء يقتضي فعله كله ، فأما ان حلف لا يدخل فأدخل بعضه ولا يفعل شيئاً ففعل بعضه ففيه روايتان .

إحداهما : لا يحنث وحكى عن مالك لأن اليمين يقتضي المنع من فعل المحلوف عليه فاقترحت المنع من فعل شيء منه كالنهي فنظير الحالف على الدخول قوله تعالى

أدخلوا الباب سجداً وأدخلوا عليهم الباب) فلا يكون المأمور ممثلاً إلا بدخول
جملة ونظير الحلف على ترك الدخول قوله سبحانه لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم)
وقوله (لا تدخلوا بيوت النبي) لا يكون المنهى ممثلاً إلا بترك الدخول كله
فكذلك الحالف على ترك الدخول لا يبرأ إلا بتركه كله فمتى أدخل بعضه لم يكن
تاركاً لما حلف— عليه فكان مخالفاً للمنهي عن الدخول. ووجه الجمع بينهما أن
الأمر والناهي يقصد الحمل على فعل الشيء أو المنع منه والخالف— يقصد يمينه ذلك
فكانا سواء. يحتمل أن الأمر بالفعل أو الخالف— عليه يقصد فعل الجميع فلا يكون
ممثلاً ولا بارأ إلا بفعله كله والناهي والخالف على الترك يقصد ترك الجميع فلا يكون
ممثلاً ولا بارأ إلا بترك الجميع، وفاعل البعض ما فعل الجميع ولا ترك الجميع فلا
يكون ممثلاً للأمر ولا النهي ولا بارأ بالخالف— على الفعل ولا الترك

والرواية الثانية لا يحنت إلا بأن يدخل كله، قال أحمد في رواية صالح وحنبل
فيمن حلف— على امرأته لا تدخل بيت أخيها لم تطلق حتى تدخل كلها، ألا ترى
أن عوف بن مالك قال كل أو بعضي لأن الكل لا يكون بعضاً والبعض لا يكون
كلًا، وهذا اختيار أبي الخطاب ومذهب أبي حنيفة والشافعي، وهكذا كل شيء
حلف— أن لا يفعله ففعل بعضه لا يحنت حتى يفعله كله : لأن النبي صلى الله عليه
وسلم كان يخرج رأسه إلى عائشة وهو معتكف— فترجله وهي حائض، والمعتكف—
ممنوع من الخروج من المسجد، والحائض ممنوعة من اللبث فيه

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لأبي بن كعب : إني لا أخرج من
المسجد حتى أعلمك سورة، فلما أخرج رجله من المسجد عليه إياها، ولأن يمينه
تعلقت بالجميع فلم تنحل بالبعض كالأثبات، وهذا الخلاف في اليمين المطلقة، فأما
إن نوى الجميع أو البعض فيمينه على ما نوى، وكذلك إن اقترنت به قرينة تقتضي
أحد الأمرين تعلقت يمينه به، فلو قال : والله لا شربت هذا الهر أو هذه البركة
تعلقت يمينه ببعضه وجهاً واحداً لأن فعل الجميع ممتنع فلا ينصرف يمينه إليه

وكذلك لو قال والله لا آكل الخبز ولا أشرب الماء وما أشبهه مما علق على
اسم جنس أو علقه على اسم جمع كالمسلمين والمشركين والفقراء والمساكين فإنما
يحنت بالبعض، وبهذا قال أبو حنيفة وسليه أصحاب الشافعي في اسم الجنس دون

الجمع ، وإن علقه على اسم جنس مضاف كماء النهر حنث أيضا بفعل البعض إذا كان مما لا يمكن شربه كله ؛ وهو قول أبي حنيفة وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والآخر لا يحنث لأن لفظه يقتضي جميعه فلم يتعلق ببعضه كماء الإداوة

ولنا أنه لا يمكن شرب جميعه فتعلقت اليمين ببعضه كما لو حلف لا يكلم الناس فكلم بعضهم ، وبهذا فارق ماء الإداوة ، وإن نوى يمينه فعل الجميع أو كان في لفظه ما يقتضي ذلك لم يحنث إلا بفعل الجميع

وإن قال والله لا صمت يوماً لم يحنث حتى يكمله ، وإن حلف لا صليت صلاة ولا أكلت أكلة لم يحنث حتى يكمل الصلاة والأكلة . وإن قال لامرأته : إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضة مستقبله ، وإن قال لامرأته إن حضتاً فأنتما طالقتان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيضاً كلتاهما ، فهذا وأشباهه مما يدل على إرادته فعل الجميع فوجب تعلق اليمين به .

وقال أحمد في رجل قال لامرأته : إذا صمت يوماً فأنت طالق إذا غابت الشمس من ذلك اليوم طلقت

وقال القاضي : إذا حلف لأصليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة ولو حلف لا يصلي ولا يصوم حنث في الصلاة بتكبيره الإحرام ، وفي الصيام بطلوع الفجر إذا نوى الصيام ، وبهذا قال الشافعي ، ووافق أبو حنيفة في الصيام وقال في الصلاة : لا يحنث حتى يسجد سجدة

ولنا أنه يسمى مصلياً بدخوله في الصلاة فحنث به كما لو سجد سجدة ، ولأنه شرع فيما حلف عليه أشبه الصيام يشرع فيه ، واختار أبو الخطاب أن لا يحنث حتى يصلي ركعة بسجديها ؛ ولا يحنث في الصيام حتى يصوم يوماً كاملاً ، لأن ما دون ذلك لا يكون بمفرده صوماً ولا صلاة ، والاول أولى فإن كل جزء من ذلك صلاة وصيام لكن يشترط لصحته إتمامه ، وكذلك يقال لمن أفسد ذلك بطل صومه وصلاته

«مسألة ، قال (ومن حلف ألا يلبس ثوباً وهو لا يسه نزعه من وقته ، فإن

لم يفعل حنث)

وجملة ذلك أن من حلف لا يلبس ثوبا هو لابس فإنه نزع في الحال وإلا حنث ، وكذلك ان حلف لا يركب دابة هو راكبها فإن نزل في أول حالة الإمكان والا حنث ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور : لا يحنث باستدامته اللبس والركوب حتى يبتدئه ، لأنه لو حلف لا يتزوج ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث كذا ههنا

ولنا أن استدامة اللبس والركوب تسمى لبسا وركوبا ويسمى به لابساً وراكباً ، ولذلك يقال لبست هذا الثوب شهر أو ركبت دابتي يوماً فحنث باستدامته كما لو حلف لا يسكن فاستدام السكنى وقد اعتبر الشرع هذا في الأحرام حيث حرم لبس المخيط فأوجب الكفارة في استدامته كما أوجبها في ابتدائه : وفارق التزويج فإنه لا يطلق على الاستدامة ، فلا يقال تزوجت شهراً وإنما يقال منذ شهر ، ولهذا لم تحرم استدامته في الإحرام كابتدائه

(فصل) فإن حلف لا يتزوج ولا يطيب ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث في قولهم جميعاً لأنه لا يطلق على مستديم هذه الأفعال اسم الفعل فلا يقال تزوجت شهراً ولا تطهرت شهراً ولا طيبت شهراً وإنما يقال منذ شهر ، ولم ينزل الشارع استدامة التزويج والطيب منزلة ابتدائها في تحريمه في الإحرام وإيجاب الكفارة فيه .

(فصل) وإن حلف لا يدخل داراً هو فيها فأقام فيها ففيه وجهان أحدهما : يحنث لأن استدامة المقام في ملك الغير كابتدائه في التحريم . قال أحمد في رجل حلف على امرأته لا دخلت أنا وأنت هذه الدار وهما جميعاً فيها قال أخاف أن يكون قد حنث

والثاني لا يحنث ، ذكره القاضى واختاره أبو الخطاب ، وهو قول أصحاب الرأي لأن الدخول لا يستعمل في الاستدامة ، ولهذا يقال دخلتها منذ شهر ولا يقال دخلتها شهراً فجرى مجرى التزويج ، ولأن الدخول الانفصال من خارج إلى داخل فلا يوجد في الإقامة وللشافعي قولان كلوجهين ، ويحتمل أن من أحنث أنا كان لأن ظاهر حال الحالف أنه يقصد هجران الدار ومباينتها ، والإقامة فيها تخالف ذلك فجرى مجرى الحالف على ترك السكنى به

(فصل) فإن حلف لا يضاجع امرأته على فراش وهما متضاجعان فاستدام ذلك حنث، لأن المضاجعة تقع على الاستدامة، ولهذا يقال اضطجع على الفراش ليلة. وإن كان هو مضطجعا على الفراش وحده فاضطجعت عنده عليه نظرت فإن قام لوقته لم يحنث وإن استدام حنث لما ذكرنا، وإن حلف لا يصوم وهو صائم فأنتم يومه فقال القاضي لا يحنث، ويحتمل أن يحنث لأن الصوم يقع على الاستدامة يقال صام يوما، ولو شرع في صوم يوم العيد فظن أنه من رمضان فبان أنه يوم العيد حرمت عليه استدامته، وإن حلف لا يسافر وهو مسافر فأخذ في العود أو أقام لم يحنث وإن مضى في سفره حنث لأن الاستدامة سفر، ولهذا يقال سافرت شهرا

(فصل)

وإن حلف لا يلبس هذا الثوب وكان رداء في حال حلقه فارتدى به أو انتزر أو اعتم به أو جعله قميصا أو سراويل أو قباء ولبسه حنث، وكذلك إن كان قميصا فارتدى به أو سراويل فانتزر به حنث، وهذا هو الصحيح من مذهب الشافعي لأنه قد لبسه، وإن قال في يمينه لا ألبسه وهو رداء فغيره عن كونه رداء ولبسه لم يحنث لأن اليمين وقعت على ترك لبسه رداء، وإن قال والله لا لبست شيئا فلبس قميصا أو عمامة أو قلنسوة أو درعا أو جوشنا أو خفا أو نعلا حنث، وقال أصحاب الشافعي في الخف والنعل وجهان. أحدهما: لا يحنث.

ولنا أنه ملبوس حقيقة وعرفا لحنث به كالثياب، وفي الحديث أن النجاشي أهدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم خفين فلبسهما. وقيل لابن عمر إنك تلبس هذا النعال، قال إني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبسهما، وإن ترك القلنسوة في رجله أو أدخل يده في الخف أو النعل لم يحنث لأن ذلك ليس بلبس لهما.

(فصل) وإن حلف ليلبس امرأته حليا فلبسها خائما من وضة أو مخنقة من لؤلؤ أو جوهر وحده بر في يمينه، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يبر لأنه ليس بحلي وحده،

ولنا قول الله تعالى (وتسترجنون منه حلية تلبسونها) وقال تعالى (يحلون فيها من أساور من ذهب واولوا) وجاء في الحديث عن عبد الله بن عمرو أنه قال قال الله تعالى للبحر الشرقي إني جاعل فيك الحلية والصيد والطيب، ولأن الفضة

حلى إذا كانت سوارا أو خلخالاً فكانت حلماً إذا كانت خاتماً كالذهب والجوهر واللؤلؤ حلى مع غيره فكان حلماً وحده كالذهب ، وإن ألبسها عقيفاً أو سبيجاً لم يبر وقال الشافعى إن كان من أهل السواد بر وفى غيرهم وجهان لأن هذا حلى فى عرفهم ولنا : أن هذا ليس بحلى فلا يبر به كالودع وخرز الزجاج وما ذكره يبطل بالودع ، وإن حلف لا يلبس حلماً فليس دراهم أو دنانير فى مرسلته فقيه وجهان . أحدهما : لا يحنت لانه ليس بحلى إذا لم يلبسه فكذلك إذا لبسه .

والثانى : يحنت لانه ذهب وفضة لبسه فكان حلماً كالسوار والخاتم وإن لبس سيفاً بحلى لم يحنت لأن السيف - ليس بحلى وإن لبس منطقة محلاة فقيه وجهان أحدهما : لا يحنت لأن الحلبة لها دوتة فأشبهه السيف - المحلى .

والثانى : يحنت لأنها من حلى الرجال ولا يقصد بلبسها محلاة فى الغالب إلا التجميل بها وإن حلف - لا يلبس خاتماً فلبسه فى غير الخنصر من أصابعه حنت ، وقال الشافعى لا يحنت لأن اليمين تقتضى لبساً معيناً معتاداً وليس هذا معتاداً فأشبهه ما لو أدخل القلنسوة فى رجله .

ولنا : أنه لا لبس لما حلف - على ترك لبسه فأشبهه ما لو اقتزر بالسراويل ، وأما ادخال القلنسوة فى رجله فهو عبث وسفه بخلاف هذا فإنه لا فرق بين الخنصر وغيرها إلا من حيث الاصطلاح على تخصيصه بالخنصر

« مسألة ، قال (ولو حلف - أن لا يأكل طعاماً اشتراه زيد فأكل طعاماً اشتراه زيد وبكر حنت إلا أن يكون أراد أن لا يتفرد أحدهما بالشراء)

وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعى لا يحنت ، وذكره أبو الخطاب احتمالاً لأن كل جزء لم يتفرد أحدهما بشرائه فلم يحنت به ، كما لو حلف - لا يلبس ثوباً اشتراه زيد فلبس ثوباً اشتراه زيد هو وغيره

ولنا أن زيدا مشتر لنصفه وهو طعام وقد أكله فيجب أن يحنت ، كما لو اشتراه زيد ثم خلطه بما اشتراه عمرو فأكل الجميع ، وأما الثوب فلا نسلم وإن سلمناه فالفرق بينهما أن نصف الثوب ليس بثوب ونصف الطعام طعام وقد أكله بعد أن اشتراه زيد ، وإن اشترى زيد نصفه مشاعاً أو اشترى نصفه ثم اشترى

الآخر باقيه فأكل منه حنث والخلاف فيه على ما تقدم ، ولو اشترى زيد نصفه معينا ثم خلطه بالنصف الآخر فأكل الجميع أو أكثر من النصف حنث بغير خلاف لأنه أكل مما اشتراه زيد يقينا ، وإن أكل نصفه أو أقل من نصفه ففيه وجهان . أحدهما : يحنث لأنه يستحيل في العادة انفراد ما اشتراه زيد من غيره فيكون الحنث ظاهراً ظهوراً كثيراً .

والثاني : لا يحنث لأن الأصل عدم الحنث ولم يتيقن أكله مما اشتراه زيد وكل موضع لا يحنث فحكمه حكم من حلف لا يأكل ثمرة وقعت في تمر فأكل منه واحدة على ما سنده إن شاء الله تعالى ، وإن أكل من طعام اشتراه زيد ثم باعه أو اشتراه لغيره حنث ويحتمل أن لا يحنث .

(فصل) وإن حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها حنث ، وبه قال الشافعي ، وإن حلف لا يلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها ففيه روايتان .

إحدهما : يحنث كإني قبلما .

والثانية : لا يحنث ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه لم يلبس ثوباً كاملاً من غزلها ، وكذلك إن حلف لا يلبس ثوباً نسجه زيد ولا يأكل من قدر طبخها ولا يدخل داراً اشترأها ولا يلبس ثوباً خاطه زيد فلبس ثوباً نسجه هو وغيره أو خاطه أو أكل من قدر طبخها أو دخل داراً اشترأها ففي هذا كله من الخلاف والقول مثلاً في المسألة الأولى ، وإن حلف أن لا يلبس ما خاطه زيد حنث بلبس ثوب خاطه جميعاً لأنه ليس مما خاطه زيد بخلاف ما إذا قال ثوباً خاطه زيد ، وإن حلف أن لا يدخل داراً لزيد فدخل داراً له ولغيره خرج فيه وجهان والخلاف فيها على ما مضى .

مسألة ، قال (ولو حلف لا يزورها أو لا يكلمهما فزار أو كلم أحدهما حنث إلا أن يكون أراد ألا يجتمع فعله بهما)

يمكن أن تكون هذه المسألة مبنية على من حلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه فإن هذا حالف على كلام شافعيين وزيارتها فتكليمه أحدهما وزيارته فعل

لبعض ما حلف عليه ، وقد مضى الكلام في هذا ، ويمكن أن يقال تقدير يمينه لا كليت هذا ولا كليت هذا لأن المعطوف يقدر له بعد حرف العطف — فعل وعامل مثل العامل الذي قبل المعطوف عليه فيصير كقوله سبحانه (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم) أي وحرمت عليكم بناتكم فيصير كل واحد منهما محلوفاً عليه منفرداً فيحتمل به ، فإن قصد ألا يجتمع فعله بهما لم يحتمل إلا بذلك لأنه قصد بيمينه ما يحتمله فانصرف إليه ، وإن قصد ترك كلام كل واحد منهما منفرداً حتم بفعله لأنه عقد يمينه على ترك ذلك .

وإن قال : والله لا كليت زيدا ولا عمرا حتم بكلام كل واحد منهما بغير إشكال فإن هذا يقتضي ترك كلام كل واحد منهما منفرداً ، قال الله تعالى (ولا يملكون لأنفسهم ضراً ولا نفعاً ولا يملكون موتاً ولا حياة ولا نشوراً) أي لا يملكون شيئاً من ذلك .

(فصل)

فإن قال : أنت طالق إن كليت زيدا وعمرا أو عديّ حران إن كليت زيدا وعمرا لم يقع الطلاق ولا العتق إلا بتكليمهما لأنه جعل تكليمهما معا شرطاً لوقوع ذلك ولا يثبت المشروط إلا بوجود الشرط جميعه ، وكذلك لو قال لامرأته إن حضنتها فأنتما طالقان لم يقع الطلاق على واحدة منهما إلا بحضنتهما جميعاً وتفارق اليمين بالله تعالى فإن مقتضاها المنع من فعل المحلوف عليه فتحصل المخالفة بفعل البعض وقد جمع بعض أصحابنا بينهما في الحتم بفعل البعض لكون المقصود من الحلف — كله على ترك شيء . المنع من فعله فيستويان ، أما إذا قال : إذا حضنتها فأنتما طالقان فليس ذلك بيمين لأنه لا يقصد بهذا منع من شيء ولا حث عليه إنما هو شرط مجرد وليس فيه معنى اليمين .

(فصل) ومن حلف — على فعل شيء فقال . والله لا آكل خبزاً ولحماً ولا زبدا وتمراً ولا أدخل هاتين الدارين ولا أعصى الله في هذين البلدين ولا أمسك هاتين المرأتين ففعل بعض ما حلف — عليه مثل أن أكل أحدهما أو دخل إحدى الدارين

أو عصي الله في أحد البلدين أو أمسك إحدى المرأتين فهل يحنث ؟ يخرج على روايتين ، وإن قصد يمينه أن لا يجمع بينهما أو المنع من كل واحد منهما فيمينه على ما نواه ، وإن قال : والله لا أكل سمكا وأشرب لبنا بالفتح وهو من أهل العربية لم يحنث إلا بالجمع بينهما لأن الواو ههنا بمعنى مع ولذلك اقتضت الفتح وإن عطف أحدهما على الآخر بتكرار - لا - اقتضى المنع من كل واحد منهما منفردا وحنث بفعله .

« مسألة » قال (ولو حلف أن لا يلبس ثوبا فاشترى به أو بثمنه ثوبا فلبسه حنث إذا كان ممن آمن عليه بذلك الثوب وكذلك إن انتفع بثمنه)

هذه المسألة فرع أصل تقدم ذكره في أول الباب وهو أن الأسباب معتبرة في الأيمان فيتعدي الحكم بتعديها فإذا آمن عليه بثوب لحلف أن لا يلبسه لتقطع المنة به حنث بالانتفاع به في غير اللبس من أخذ ثمنه لأنه نوع انتفاع به يلحق المنة به وإن لم يقصد قطع المنة ولا كان سبب يمينه يقتضى ذلك لم يحنث إلا بما تناولته يمينه وهو لسه خاصة فلو أبدله بثوب غيره ثم لبسه أو انتفع به في غير اللبس أو باعه وأخذ ثمنه لم يحنث لعدم تناول اليمين له لفظا ونية وسببا .

(فصل)

وإن فعل شيئا عليه فيه لها منة سوى الانتفاع بالثوب وبعرضه مثل أن سكن دارها أو أكل طعامها أو لبس ثوبا لها غير المحلوف عليه لم يحنث لأن المحلوف عليه الثوب فتعلقت يمينه به أو بما حصل به ولم يتعد إلى غيره لاختصاص اليمين والسبب به .

(فصل) وإن امتنت عليه امرأته بثوب لحلف أن لا يلبسه قطعا لمنتهى فاشتراه غيره ثم كساه إياه أو اشتراه الخالف ولبسه على وجه لا منة لها فيه فهل يحنث ؟ على وجهين .

أحدهما . يحنث لمخالفته ليمينه ولأن لفظ الشارع إذا كان أعم من السبب وجب الأخذ بعموم اللفظ دون خصوص السبب كذا في اليمين ولأنه لو خاصته امرأة له فقال نسائي طلاقن كلمن ، وإن كان سبب الطلاق واحدة كذا ههنا .

والثاني : لا يحنت لأن السبب يقتضي تقييد لفظه بما وجد فيه السبب فصار كالحنوى أو كالألو خصصه بقريظة لفظية .

« مسأله ، قال (ولو حلف أن لا يأوى مع زوجته في دار فأوى معها في غيرها حنت اذا كان أراد يمينه جفاء زوجته ولم يكن للدار سبب هيج يمينه)

وهذه أيضا من فروع اعتبار النية وذلك أنه متى قصد جفائها بترك الأوى معها ولم يكن للدار أثر في يمينه كان ذكر الدار كعدمه وكأنه حلف ألا يأوى معها فإذا أوى معها في غيرها فقد أوى معها لحنت لمخالفته ما حلف — على تركه وصار هذا بمنزلة سؤال الأعرابي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقعت أهلي في نهار رمضان فقال « اعتق رقبة » لما كان ذكر أهله لا أثر له في إيجاب الكفارة حذفناه من السبب وصار السبب الوقاع سواء كان للأهل أو لغيرهم .

وان كان للدار أثر في يمينه مثل ان كان يكره سكنائها أو خوصم من أجلها أو امتن عليه بها لم يحنت إذا أوى معها في غيرها لأنه قصد يمينه الجفاء في الدار بعينها فلم يخالف ما حلف عليه ، وان عدم السبب والنية لم يحنت إلا بفعل ما تناوله لفظه وهو ألاوى معها في تلك الدار بعينها لأنه يجب اتباع لفظه اذا لم تكن نية ولا سبب يصرف اللفظ عن مقتضاه أو يقتضى زيادة عليه ومعنى الأوى الدخول فمتى حلف لا يأوى معها فدخل معها الدار حنت قليلا كان لبثهما أو كثيرا ، قال الله تعالى مخبرا عن فتى موسى (اذ أويئنا الى الصخرة) .

قال أحمد : ما كان ذلك الا ساعة أو ماشاء الله يقال : أويت أنا وأويت غيرى قال الله تعالى (اذ أوى الفتية الى الكهف) وقال الله تعالى (وأويئناها الى ربوة) .

(فصل) وان برها بهدية أو غيرها أو اجتمع معها فيما ليس بدار ولا بيت لم يحنت سواء كان الدار سبب في يمينه أو لم يكن لأنه قد قصد جفائها بهذا النوع فلم يحنت بغيره ، وان حلف لا يأوى معها في دار لسبب فزال السبب الموجب ليمينه مثل ان كان السبب امتنانها بها عليه فملك الدار أو صارت لغيرها فأوى معها فيها فهل يحنت ؟ على وجهين تقدم ذكرهما وتعليقهما .

(فصل) فإن حلف أن لا يدخل عليها فيما ليس بيوت فحكم المسألة التي قبلها ، إذا قصد جفائها ولم يكن البيت سبب هيج يمينه حنت . والا فلا فإن دخل على جماعة هي فيهم يقصد الدخول عليها معهم حنت ، وكذلك ان لم يقصد شيئاً وان استثنائها بقلبه فقيه وجهان .

أحدها : لا يحنت كما لو حلف ألا يسلم عليها فسلم على جماعة هي فيهم يقصد بقلبه السلام على غيرها فانه لا يحنت .

والثاني : يحنت لأن الدخول فعل لا يتميز فلا يصح تخصيصه بالقصد وقد وجد في حق الكل على السواء وهي فيهم لحنت به كما لو لم يقصد استثناءها وفارق السلام فإنه قول يصح تخصيصه بالقصد ولهذا يصح أن يقال : السلام عليكم إلا فلانا ولا يصح أن يقال : دخلت عليكم إلا فلانا ولأن السلام قول يتناول ما يتناوله الضمير في عليكم والضمير عام يصح أن يراد به الخاص فصح أن يراد به من سواها والفعل لا يتأتى هذا فيه ، وان دخل بيتا لا يعلم أنها فيه فوجدتها فيه فهو كالدخول عليها ثانيا .

فإن قلنا : لا يحنت بذلك فخرج حين علم بها لم يحنت ، وكذلك ان حلف لا يدخل عليها فدخلت هي عليه فخرج في الحال لم يحنت ، وان أقام فهل يحنت ؟ على وجهين بناء على من حلف لا يدخل داراً هو فيها فاستدام المقام بها فهل يحنت على وجهين .

مسألة ، قال (ولو حلف أن يضرب عبده في غد فمات الحالف من يومه فلا حنت عليه وان مات العبد حنت)

أما اذا مات الحالف من يومه فلا حنت عليه لأن الحنت إنما يحصل بغوات المحلوف عليه في وقته وهو الغد والحالف قد خرج عن أن يكون من أهل التكليف قبل الغد فلا يمكن حنته ، وكذلك ان جن الحالف في يومه فلم يفتق إلا بعد خروج الغد لأنه خرج عن كونه من أهل التكليف ، وان هرب العبد أو مرض العبد أو الحالف أو نحو ذلك فلم يقدر على ضربه في الغد حنت وان لم يموت الحالف فقيه مسائل

أحدهما : أن يضرب العبد في غد أى وقت كان منه فإنه يبر في يمينه بلا خلاف
الثانية : أمكنه ضربه في غد فلم يضربه حتى مضى الغد وهما في الحياة حنت
أيضا بلا خلاف .

الثالثة : مات العبد من يومه فإنه يحنت ، وهذا أحد قولى الشافعى ويتخرج
ألا يحنت ، وهو قول أبى حنيفة ومالك : والقول الثانى للشافعى لأنه فقد ضربه
بغير اختياره فلم يحنت كالمكره والناسى .

ولنا أنه لم يفعل ما حلف عليه في وقته من غير إكراه ولا نسيان وهو من
أهل الحنت فحنت كما لو أتلفه باختياره وكما لو حلف ليحجن العام فلم يقدر على
الحج لمرض أو عدم النفقة وفارق الإكراه والنسيان فإن الامتناع لمعنى في الحالف
وههنا الامتناع لمعنى في المحل فأشبه ما لو ترك ضربه لصعوبته أو ترك الحالف
الحج لصعوبة الطريق وبعدها عليه ، فأما أن كان تلف المحلوف عليه بفعله واختياره
حنت وجهها واحداً لأنه فوت الفعل على نفسه .

قال القاضى : ويحنت الحالف ساعة موته لأن يمينه انقضت من حين حلفه
وقد تعذر عليه الفعل في الحال كما لو لم يؤقت ويتخرج ألا يحنت قبل الغد لأن
الحنت مخالفة ما عقد يمينه عليه فلا تحصل المخالفة إلا بترك الفعل في وقته .

الرابعة : مات العبد في غد قبل التمكن من ضربه فهو كما لو مات في يومه .

الخامسة : مات العبد في غد بعد التمكن من ضربه قبل فإنه يحنت وجهها
واحداً ، وقال بعض أصحاب الشافعى يحنت قولاً واحداً ، وقال بعضهم فيه قولان
ولنا أنه يمكنه ضربه في وقته فلم يضربه فحنت كما لو مضى الغد قبل ضربه .
السادسة : مات الحالف في غد بعد التمكن من ضربه فلم يضربه حنت وجهها
واحداً لما ذكرنا .

السابعة : ضربه في يومه فإنه لا يبر وهذا قول أصحاب الشافعى . وقال القاضى
وأصحاب أبى حنيفة يبر لأن يمينه للبحث على ضربه فإذا ضربه اليوم فقد فعل
المحلوف عليه وزيادة فأشبه ما لو حلف ليتضمنه حقه في غد فقضاه اليوم .

ولنا أنه لم يفعل المحلوف عليه في وقته فلم يبر كما لو حلف ليصوم من يوم
الجمعة فصام يوم الخميس وفارق قضاء الدين فإن المقصود تعجيله لا غيره . وفي قضاء

اليوم زيادة في التعجيل فلا يحنث فيها لأنه علم من قصده إرادة أن لا يتجاوز غداً بالقضاء فصار كالمفوض به إذ كان مبني الأيمان على النية ولا يصح قياس ما ليس بمثله عليه وسائر المحلوقات لا تعلم منها إرادة التعجيل عن الوقت الذي وقته لها فامتنع الالتحاق وتعين التمسك باللفظ .

الثامنة : ضربه بعد موته لم يبر لأن اليمين تنصرف الى ضربه حياً يتألم بالضرب وقد زال هذا بالموت .

التاسعة : ضربه ضرباً لا يؤلمه لم يبر لما ذكرناه .

العاشرة : خنقه أو نتف شعره أو عصر ساقه بحيث يؤلمه فإنه يبر لأنه يسمى ضرباً لما تقدم ذكره . الحادية عشر : جن العبد فضربه فإنه يبر لأنه حتى يتألم بالضرب وإن لم يضربه حنت ، وإن حلف لا يضربه في غد ففيه نحو من هذه المسائل ومتى فات ضربه بموته أو غيره لم يحنث لأنه لم يضربه .

(فصل) وإن قال والله لا شربن ماء هذا الكوز غداً فاندقق اليوم أو لا كان هذا الخبر غداً فتلف فهو على نحو مما ذكرنا في العبد . قال صالح سألت أبي عن الرجل يحلف أن يشرب هذا الماء فانصب قال يحنث ، وكذلك أن يحلف أن يأكل هذا الرغيف فأكله كذب قال يحنث لأن هذا لا يقدر عليه .

مسألة ، قال (ومن حلف ألا يكلمه حيناً فكلمه قبل الستة أشهر حنت)

وجمله ذلك : أنه إذا حلف لا يكلمه حيناً فإن قيد ذلك بلفظه أو بنيته بزمان تقيد به ، وإن أطلقه انصرف الى ستة أشهر روى ذلك عن ابن عباس ، وهو قول أصحاب الرأي ، وقال مجاهد والحكم وحماد ومالك هو سنة لقول الله تعالى (تؤتى أكلها كل حين باذن ربها) أى كل عام .

وقال الشافعي وأبو ثور : لا قدر له ويرى بأدنى زمن لأن الحين اسم مبهم يقع على القليل والكثير قال الله تعالى (ولتعلمن نبأه بعد حين) قيل أراد يوم القيامة وقال (هل أتى على الإنسان حين من الدهر ؟) وقال (فذرهم في غمرتهم حتى حين) وقال (حين تمسون وحين تصبحون) ويقال : جئت منذ حين وإن كان أتم من ساعة .

ولنا : أن الحين المطلق في كلام الله أقله ستة أشهر قال بكرمة وسعيد بن جبير وأبو عبيد في قوله تعالى (توتى أكلها كل حين) إنه ستة أشهر فيحمل مطلق كلام آدمي على مطلق كلام الله تعالى ولأنه قول ابن عباس ولا نعلم أنه مخالف في الصحابة وما استشهدوا به من المطلق في كلام الله تعالى فما ذكرناه أقله فيحمل عليه لأنه اليقين .

(فصل) فان حلف لا يكلمه حقبا فذلك ثمانون عاما وقال مالك أربعون عاما لأن ذلك يروى عن ابن عباس ، وقال القاضي : وأصحاب الشافعي هو أدنى زمان لأنه لم ينقل فيه عن أهل اللغة تقدير .

ولنا : ما روى عن ابن عباس أنه قال في تفسير قوله تعالى (لاثنين فيها أحقابا) الحقب ثمانون سنة وما ذكره القاضي وأصحاب الشافعي لا يصح لأن قول ابن عباس حجة ولأن ما ذكره يفضي إلى حمل كلام الله تعالى (لاثنين فيها أحقابا) وقول موسى (أو أمضى حقبا) إلى اللسنة لأنه أخرج ذلك مخرج التكثير فإذا صار معنى ذلك (لاثنين فيها) ساعات ولحظات أو أمضى لحظات أو ساعات صار مقتضى ذلك التقليل وهو ضد ما أراد الله تعالى بكلامه وضد المفهوم منه ولم يذكره أحد من المفسرين فيها نعم فلا يجوز تفسير الحقب به .

(فصل)

فإذا حلف لا يكلمه زمنا أو وقتا أو دهرأ أو عمرا أو مليا أو طويلا أو بعيدا أو قريبا بر بالقليل والكثير في قول أبي الخطاب ومذهب الشافعي لأن هذه الأسماء لا حدد لها في اللغة وتقع على القليل والكثير فوجب حملها على أقل ما يتناوله اسمه وقد يكون القرب بعيدا بالنسبة إلى ما هو أقرب منه وقريبا بالنسبة إلى ما هو أبعد منه ولا يجوز التحديد بالتحكم وإنما يصار إليه بالتوقيف ولا توقيف هنا فيجب حملها على اليقين وهو أقل ما يتناوله الاسم .

وقال ابن أبي موسى : الزمان ثلاثة أشهر . وقال طلحة العاقولي : الحين والزمان والعمر واحد لأنهم لا يفرقون في العادة بينهما والناس يقصدون بذلك التباعد فلو حمل على القليل حمل على خلاف قصد الحالف ، والدهر يحتمل أنه كالحين أيضا لهذا المعنى وقال في بعيد وملي وطويل هو أكثر من شهر ، وهذا قول أبي حنيفة .

لأن ذلك ضد القليل ولا يجوز حمله على ضده ، ولو حمل العمر على أربعين عاماً كان حسناً لقول الله تعالى مخبراً عن نبيه عليه السلام (فقد لبثت فيكم عمراً من قبله) وكان أربعين سنة فيجب حمل الكلام عليه ولأن العمر في الغالب لا يكون إلا مدة طويلة فلا يحمل على خلاف ذلك .

(فصل) فإن حلف لا يكمله الدهر أو الأبد أو الزمان فذلك على الأبد لأن ذلك بالآلاف واللام وهي للاستغراق فتقتضي الدهر كله .

(فصل) فإن حلف على أيام فهي ثلاثة لأنها أقل الجمع ، قال الله تعالى (واذكروا الله في أيام معدودات) وهي أيام التشريق ، وإن حلف على أشهر فهي ثلاثة لأنها أقل الجمع ، وإن حلف على شهور فاختار أبو الخطاب أنها ثلاثة لذلك وقال غيره يتناول يمينه اثني عشر شهراً لقول الله تعالى (إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً) ولأن الشهور جمع الكثرة وأقله عشرة فلا يحمل على ما يحمل عليه جمع القلة .

« مسألة ، قال (وإذا حلف أن يقضيه حقه في وقت فقضاه قبله لم يحنث إذا كان أراد يمينه ألا يجاوز ذلك الوقت)

وهذا قال أبو حنيفة ومحمد وأبو ثور ، وقال الشافعي يحنث إذا قضاه قبله لأنه ترك فعل ما حلف عليه مختاراً فحنث كما لو قضاه بعده .

ولنا أن مقتضى هذه اليمين تعجيل القضاء قبل خروج الغد فإذا قضاه قبله فقد قضى قبل خروج الغد وزاد خيراً ، ولأن مبنى الإيمان على النية ، ونية هذا يمينه ترك تعجيل القضاء قبل خروج الغد فتعلقت يمينه بهذا المعنى كما لو صرح به ، فإن لم تكن له نية رجوع إلى سبب اليمين ، فإن كانت تقتضي التعجيل فهو كما لو نواه ، لأن السبب يدل على النية ، وإن لم ينو ذلك ولا كان السبب يقتضية فظاهر كلام الحنفي أنه لا يبر إلا بقضائه في الغد فلا يبر بقضائه قبله .

وقال القاضي : يبر على كل حال لأن اليمين للحث على الفعل فتى عجله فقد أتى بالمقصود فيه كما لو نوى ذلك ، والاول أصح إن شاء الله لأنه ترك فعل ما تناولته يمينه لفظاً ولم تصرفها عنه نية ولا سبب فحنث ، كما لو حلف — ليعصم من شعبان فصام

رجبا : ويحتمل ما قاله القاضى فى القضاء خاصة لأن عرف هذه اليمين فى القضاء التعجيل فتصرف اليمين المطلقة اليه .

(فصل) فاما غير قضاء الحق كما كل شيء أو شربه ، أو بيع شيء أو شرائه أو ضرب عبد ونحوه فتى عين وقته ولم ينو ما يقتضى تعجيله ولا كان سبب يمينه يقتضيه لم يبر إلا بفعله فى وقته . وذكر القاضى أنه يبر بتعجيله عن وقته . وحكى ذلك عن أصحاب أبى حنيفة .

ولنا أنه لم يفعل المحلوف عليه فى وقته من غير نية تصرف يمينه ولا سبب فيحدث كالأصيام ولو فعل بعض المحلوف عليه قبل وقته وبعضه فى وقته لم يبر لأن اليمين فى الاثبات لا يبر فى فيها إلا بفعل جميع المحلوف عليه فترك بعضه فى وقته كترك جميعه الا أن ينوى أن لا يجاوز ذلك الوقت أو يقتضى ذلك سببها

(فصل) ومن حلف لا يبيع ثوبه بعشرة فباعه بها أو بأقل منها حنث ، وإن باعه بأكثر منها لم يحنث . وقال الشافعى : لا يحنث إذا باعه بأقل لأنه لم يتناوله يمينه .

ولنا أن العرف فى هذا أن لا يبيعه بها ولا بأقل منها ، بدليل أنه لو وكل فى بيعه انسانا وأمره أن لا يبيعه بعشرة لم يكن له يبعه بأقل منها ، ولأن هذا تنبيه على امتناعه من بيعه بها دون العشرة ، والحكم يشترط بالنية كشروطه باللفظ ، فإن حلف لا اشتريته بعشرة فاشتراه بأقل لم يحنث ، وإن اشتراه بها أو بأكثر منها حنث لما ذكرنا ، ومقتضى مذهب الشافعى أن لا يحنث إذا اشتراه بأكثر منها لأن يمينه لم تتناوله لفظا .

ولنا أنها تناولته عرفا وتنبيهها فكان حاثا كما لو حلف : ما له على حبة فانه يحنث إذا كان له عليه أكثر منها ويبرأ يمينه عما زاد عليها كبرائه منها ، قيل لا حمد رجل إن حلف لا ينقص هذا الثوب عن كذا قال أخذته ولكن هب لى كذا ؟ قال هذا حيله ، قيل له فإن قال البائع بعثك بكذا وأهب افلان شيئا آخر ؟ قال هذا كله ليس بشيء فكرهه .

(فصل) فإن حلف ليقضينه حقه فى غد فمات الخالف من يومه لم يحنث لما ذكرنا فيها إذا حلف ليضربن عبده فى غد فمات من يومه ، وإن مات المستحق

فحكى عن القاضى أنه يحنث لأنه قد تعذر قضاؤه فأشبهه ما لو حلف ليضربن عبده غداً فمات العبد قبل اليوم .

وقال أبو الخطاب : إن قضى ورثته لم يحنث لأن قضاء ورثته يقوم مقام قضائه في إبراء ذمته ، فكذلك في البر في يمينه ، بخلاف ما إذا مات العبد فإنه لا يقوم ضرب غيره مقام ضربه .

وقال أصحاب الرأى وأبو ثور : تنحل اليمين بدوت المستحق ولا يحنث سواء قضى ورثتهم أو لم يقضهم لأنه تعذر عليه فعل ما حلف-- عليه بغير اختياره أشبه المكره ، وقد سبق الكلام على هذا في مسألة من حلف-- ليضربن عبده غداً فمات العبد اليوم ، وإن أبرأه المستحق من الحق فهل يحنث؟ على وجهين بناء على المكره هل يحنث؟ على روايتين ، وإن قضاؤه عوضاً عن حقه لم يحنث عند ابن حامد لأنه قد قضى حقه . وقال القاضى يحنث لأنه لم يقضه الحق الذى عليه بيمينه

(فصل)

فإن حلف-- ليقضيه عند رأس الهلال أو مع رأسه أو الى رأس الهلال أو الى استهلاله أو عند رأس الشهر أو مع رأسه فقضاؤه عند غروب الشمس من ليلة الشهر بر في يمينه وإن أخر ذلك مع إمكانه حنث ، وإن شرع في عده أو كيله أو وزنه فتأخر القضاء لكثرتة لم يحنث لأنه لم يترك القضاء ، وكذلك إذا حلف-- ليا كان هذا الطعام في هذا الوقت فشرع في أكله فيه فتأخر الفراغ لكثرتة لم يحنث لأن أكله كله غير ممكن في هذا الوقت اليسير فكانت يمينه على الشروع فيه في ذلك الوقت أو على مقارنة فعله لذلك الوقت للعلم بالعجز عن غير ذلك ، ومذهب الشافعى في هذا كله كما ذكرنا .

مسألة ، قال (ولو حلف-- أن لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه حنث إلا أن يكون أراد أن لا يشربه كله)

وجملة ذلك أنه إذا حلف-- ليفعلن شيئاً لم يبر إلا بفعل جميعه ، وإن حلف-- أن لا يفعله وأطلق ففعل بعضه ففيه روايتان تقدم ذكرهما . وإن نوى فعل

جميعه أو كان في يمينه ما يدل عليه لم يحنث الا بفعل جميعه ، وان نوى فعل البعض أو كان في يمينه ما يدل عليه حنث بفعل البعض رواية واحدة فإن حلف لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه فهل يحنث بذلك ؟ فيه روايتان .

وان حلف لا يشرب ماء دجلة أو ماء هذا النهر حنث بشرب أدنى شيء منه لان شرب جميعه ممتنع بغير يمينه فلا حاجة الى توكيد المنع بيمينه فتصرف يمينه الى منع نفسه مما يمكن فعله وهو شرب البعض كما لو حلف لا شربت الماء . وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال أصحاب الشافعي . ان حلف على الجنس كالناس والماء والخبز والتمر ونحوه حنث بفعل البعض وإن تناولت يمينه الجميع كالمسلمين والمشركون والمساكين لم يحنث بفعل البعض ، وان تناولت اسم جنس يضاف كماء النهر وماء دجلة . ففيه وجهان . ولنا أنه حلف على مالا يمكنه فعل جميعه فتناولت يمينه بعضه منفرداً كاسم الجنس .

وان حلف لا شربت من الفرات فشرب من مائه حنث سواء كرع فيه أو اغترف منه ثم شرب وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يحنث حتى يكرع فيه لأن حقيقة ذلك الكرع فلم يحنث بغيره كما لو حلف لا شربت من هذا الإناء فصب منه في غيره وشرب .

ولنا أن معنى يمينه أن لا يشرب من ماء الفرات لأن الشرب يكون من مائها ومنها في العرف فحملت اليمين عليه كما لو حلف لا شربت من هذه البئر ولا أكلت من هذه الشجرة ولا شربت من هذه الشاة ويفارق الكوز فإن الشرب في العرف منه لأنه آلة للشرب بخلاف النهر وما ذكره يطل بالبئر والشاة والشجرة وقد سلموا أنه لو استقى من البئر أو اجتلب لبن الشاة أو التقط من الشجرة وشرب وأكل حنث فكذا في مسألتنا .

(فصل) وان حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه حنث لأنه من ماء الفرات ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث لأن معنى الشرب منه الشرب من مائه فحنث كما لو حلف لا شربت من مائه وهذا الاحتمالين لأصحاب الشافعي .

والثاني : لا يحنث وهو قول أبي حنيفة وأصحابه إلا أبا يوسف فإن عنه رواية أنه يحنث وإنما قلنا : إنه لا يحنث لأن ما أخذه النهر يضاف الى ذلك النهر لا إلى الفرات ويؤول بإضافته إليه عن إضافته الى الفرات فلا يحنث به كغير الفرات .

مسألة ، قال (ولو قال والله لا فارقتك حتى أستوفي حقى منك فهرب منه لم يحنث ولو قال لا اترقنا فهرب منه حنث)

أما إذا حلف — لا فارقتك فقيه مسائل عشرة .
أحدها . أن يفارقه الحالف — مختاراً فيحنث بلا خلاف سواء أبرأه من الحق أو فارقه والحق عليه لأنه فارقه قبل استيفاء حقه منه .
الثانية . فارقه مكرهاً فينظر فإن حمل مكرهاً حتى فرق بينهما لم يحنث وإن أكره بالضرب والتهديد لم يحنث : وفي قول أبي بكر يحنث وفي الناسي تفصيل ذكرناه فيما مضى .

الثالثة : هرب منه الغريم بغير اختياره فلا يحنث وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وروى عن أحمد : أنه يحنث لأن معنى يمينه ألا تحصل بينهما فرقة وقد حصلت .

ولنا أنه حلف — على فعل نفسه في الفرقة وما فعل ولا فعل باختياره فلم يحنث كما لو حلف — لا قت فقام غيره .

الرابعة : أذن له الحالف — في الفرقة ففارقه فمفهوم كلام الحرقى أنه يحنث . وقال الشافعي : لا يحنث ، وقال القاضي : وهو قول الحرقى لأنه لم يفعل الفرقة التي حلف — أنه لا يفعلها . وإنما أن معنى يمينه لا لزمنك فإذا فارقه بأذنه فما لزمه ويفارق ما إذا هرب منه لأنه فر بغير اختياره وليس هذا قول الحرقى ولأن الحرقى قال فهرب منه فمفهومه أنه إذا فارقه بغير هرب أنه يحنث .

الخامسة : فارقه من غير إذن ولا هرب على وجه يمكنه ملازمته والمشى معه وإمساكه فلم يفعل فالحكم فيها كالتي قبلها .

السادسة : قضاء قدر حقه فقارقه ظنا منه انه وفاه فخرج رديثا أو بعضه فيخرج في الحنت روايتان . بناء على الناسي والشافعي قولان كالروايتين . أحدهما : يحنت وهو قول مالك لانه فارقه قبل استيفاء حقه مختاراً ، والثاني : لا يحنت وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي إذا وجدها زيوفا ، وإن وجد أكثرها نجاسا فإنه يحنت وإن وجدها مستحقة فأخذها صاحبها خرج أيضا على الروايتين في الناسي لانه ظان أنه مستوف حقه فأشبهه ماله وجدها رديثة .

وقال أبو ثور وأصحاب الرأي : لا يحنت ، وإن علم بالحال فقارقه حنت لانه لم يوفه حقه .

السابعة : فلسه الحاكم فقارقه نظرت فإن ألزمه الحاكم فهو كالمسكرة ، وإن لم يلزمه مفارقتها لكنه فارقه لعله بوجوب مفارقتها حنت لانه فارقه من غير إكراه فحنت كما لو جلف - لا يصل فوجب عليه صلاة فصلها .

الثامنة : أحاله الغريم بحقه فقارقه فإنه يحنت ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة ومحمد لا يحنت لانه قد برى اليه منه .

ولنا أنه ما استوفى حقه منه بدليل أنه لم يصل اليه شيء ولذلك يملك المطالبة به فحنت كما لو لم يحله فإن ظن أنه قد بر بذلك فقارقه فقال أبو الخطاب يخرج على الروايتين ، والصحيح أنه يحنت لأن هذا جهل بحكم الشرع فيه فلا يسقط عنه الحنت كما لو جهل كون هذه الدين موجبة للكفارة ، فأما ان كانت يمينه لا فارقتك ولي قبلك حق فأحاله به فقارقه لم يحنت لأنه لم يبق له قبله حق ، وإن أخذ به ضميئا أو كفيلا أو رهنا فقارقه حنت بلا إشكال لأنه يملك مطالبة الغريم .

التاسعة : قضاء عن حقه عوضا عنه ثم فارقه ، فقال ابن حامد : لا يحنت ، وهو قول أبي حنيفة لانه قد قضا حقه وبرى اليه منه بالقضاء ، وقال القاضي : يحنت لأن يمينه على نفس الحق وهذا بدله وإن كانت يمينه لا فارقتك حتى تبرأ من حق أو لى قبلك حق لم يحنت وجهها واحدا لأنه لم يبق له قبله حق ، وهذا مذهب الشافعي ، والاول أصح لانه قد استوفى حقه .

العاشرة : وكل وكيفا يستوفى له حقه فإن فارقه قبل استيفاء الوكيل حنت

لأنه فارقته قبل استيفاء حقه ، وان استوفى الوكيل ثم فارقته لم يحنت لان استيفاء وكيله استيفاء له يبرأ به غريمة ويصير في ضمان الموكل .

(فصل) فأما ان قال لا فارقته حتى أستوفى حتى منك نظرت فان فارقته المحلوف عليه مختارا خنت وان أكره على فراقه لم يحنت ، وان فارقته الخالف مختارا خنت الا على ما ذكره القاضى فى تأويل كلام الخرقى وهو مذهب الشافعى وسائر الفروع تأتى ههنا على نحو ما ذكرناه .

(فصل) وان كانت يمينه لا افترقنا فهرب منه المحلوف عليه خنت لأن يمينه تقتضى ألا تحصل بينهما فرقة بوجه وقد حصلت الفرقة بهربه وان أكرها على الفرقة لم يحنت الا على قول من لم ير الا كراه عذرا .

(فصل)

فان حلف لا فارقتك حتى أوفيك بحقك فأبرأه الغريم منه فهل يحنت ؟ على وجهين بناء على المكروه وان كان الحق عينا فوهبها له الغريم فقبلها خنت لانه ترك إيفاءها له باختياره ، وان قبضها منه ثم وهبها إياه لم يحنت ، وان كانت يمينه لا فارقتك ولك قبلى حتى لم يحنت اذا أبرأه أو وهب العين له .

(فصل : والفرقة فى هذا كله ماعده الناس فراقا فى العادة وقد ذكرنا الفرقة فى البيع ، وما نواه يمينه مما يَحْتَمِلُهُ لفظه فهو على ما نواه والله أعلم .

مسأله ، قال (ولو حلف على زوجته أن لا تخرج الا بإذنه فذلك على كل مرة الا أن يكون نوى مرة)

وجامته أن من قال لزوجته ان خرجت الا بإذنى او بغير اذننى فأنت طالق ، او قال ان خرجت الا ان آذن لك او حتى آذن لك او الى أن آذن لك فالحكم فى هذه الالفاظ الخمسة أنها متى خرجت بغير اذنه طلقت وانحلت يمينه لان حرف أن لا يقتضى تكرارا فاذا خنت مرة انحلت كما لو قال أنت طالق ان شئت وان خرجت بإذنه لم يحنت لان الشرط ما وجد وليس فى هذا اختلاف ولا تنحل اليمين متى خرجت بعد هذا بغير إذنه طلقت

وقال الشافعى تنحل فلا يحنت بخروجها بعد ذلك لان اليمين تعلق بخروج

واحد بحرف لا يقتضى التكرار وإذا وجد بغير إذن حنت وان وجد بإذن بر لأن
البر يتعلق بما يتعلق به الحنت .

وقال أبو حنيفة في قوله ان خرجت إلا بإذن أو بغير إذن كقولنا لأن الخروج
بإذنه في هذين الموضعين مستثنى من يمينه فلم يدخل فيها ولم يتعلق به بر ولا حنت
وان قال ان خرجت إلا أن آذن لك أو حتى آذن لك أو الى أن آذن لك متى
آذن لها انحلت يمينه ولم يحنت بعد ذلك بخروجها بغير إذنه لأنه جعل الاذن فيها
غاية ليمينه وجعل الطلاق معلقا على الخروج قبل اذنه فمتى آذن انتهت غاية يمينه
وزال حكمها كما لو قال ان خرجت الى ان تطلع الشمس او الا ان تطلع الشمس
أو حتى تطلع الشمس فانت طالق فخرجت بعد طلوعها ولأن حرف الى وجتى
للاغاية لا للاستثناء .

ولنا : انه علق الطلاق على شرط، وقد وجد فيقع الطلاق كما لو لم تخرج بإذنه
وقولهم قد بر غير صحيح لوجهين .

أحدهما أن المأذون فيه مستثنى من يمينه غير داخل فيها فكيف ببر . ألا ترى
انه لو قال لها ان كلت رجلا الا أخاك أو غير أخيك فانت طالق فكلمت أخاها
ثم كلت رجلا آخر فإنها تطلق ولا تنحل يمينه بتكليمها أخاها ؟ .

والثاني ان المحلوف عليه خروج موصوف بصفة ولا تنحل اليمين بوجود ما لم
توجد فيه الصفة ولا يحنت به فلا يتعلق بما عداه بر ولا حنت كما لو قال : ان
خرجت عريانة فانت طالق او ان خرجت راكبة فانت طالق فخرجت مسترة
ماشية لم يتعلق به بر ولا حنت . ولأنه لو قال لها : ان كلت رجلا فاسقا او من
غير محارمك فانت طالق لم يتعلق بتكليمها لغير من هو موصوف بتلك الصفة بر
ولا حنت فكذلك في الافعال .

وقولهم تعلقت اليمين بخروج واحد قلنا الا انه خروج موصوف بصفة فلا تنحل
اليمين بوجود غيره ولا يحنت به .

وأما قول اصحاب أبي حنيفة ان الالفاظ الثلاثة ليست من الفاظ الاستثناء قلنا
قوله الا ان آذن لك من الفاظ الاستثناء واللفظتان الاخرتان في معناه في إخراج
المأذون من يمينه فكان حكمها كحكمه .

هذا الكلام فيما إذا أطلق ، فإن نوى تعليق الطلاق على خروج واحد تعقلت
يمينه به وقبل قوله في الحكم لأنه فسر لفظه بما يحتمله احتمالاً غير بعيد ، وإن أذن
لها مرة واحدة ونوى الاذن في كل مرة فهو على ما نوى .

وقد نقل عبد الله بن أحمد عن أبيه إذا حلف أن لا تخرج امرأته إلا
بأذنه إذا أذن لها مرة فهو اذن لكل مرة وتكون يمينه على ما نوى ، وإن قال كلما
خرجت فهو بإذني أجزاء مرة واحدة ، وإن نوى بقوله إلى أن أذن لك أو حتى
أذن لك الغاية وأن الخروج المحلوف عليه ما قبل الغاية دون ما بعدها قبل قوله
وانحلت يمينه بالاذن لنبته فإن مبني الايمان على النية .

(فصل)

وإن قال ان خرجت بغير اذني فأنت طالق فأذن لها ثم نهاها فخرجت طلقت
لأنها خرجت بغير اذنه ، وكذلك ان قال الا بإذني . وقال بعض أصحاب الشافعي :
لا يحث لأنه قد أذن ، ولا يصح لأن نفيه قد أبطل اذنه فصارت خارجة بغير
اذنه وكذلك لو أذن لو كيله في بيع ثم نهاه عنه فباعه كان باطلا . وإن قال : ان
خرجت بغير اذني لغير عيادة المريض فأنت طالق ، فخرجت لعيادة مريض ثم
تشاغلت بغيره ، أو قال ان خرجت إلى غير الحمام بغير اذني فأنت طالق فخرجت
إلى الحمام ثم عدلت إلى غيره ففيه وجهان .

أحدهما : لا يحث لأنها ما خرجت لغير عيادة مريض ولا إلى غير الحمام .
وهذا مذهب الشافعي .

الثاني : يحث لأن قصده في الغالب ألا تذهب إلى غير الحمام وعيادة المريض .
وقد ذهب إلى غيرهما ، ولأن حكم الاستدانة حكم الابتداء ، ولهذا لو حلف ألا
يدخل داراً هو داخلها فأقام فيها حث في أحد الوجهين ، وإن قصدت بخروجها
الحمام وغيره أو العيادة وغيرها حث لأنها خرجت لغيرهما . وإن قال ان خرجت
لا عيادة مريض فأنت طالق فخرجت لعيادة مريض وغيره لم يحث لأن الخروج
لعيادة المريض ، وإن قصدت معه غيره : وإن قال : ان خرجت بغير اذني فأنت
طالق ثم أذن لها ولم تعلم فخرجت ففيه وجهان

أحدهما تطلق ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن

والثاني : لا يحث وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأنها خرجت بعد وجود الإذن من جهته فلم يحث كما لو علمت به ولأنه لو عزل وكيه العزل ، وإن لم يعلم بالعزل فكذلك تصير ماذونا لها وإن لم تعلم ، ووجه الأول أن الإذن اعلام ، وكذلك قيل في قوله (آذنتكم على سواء) أي أعلمتكم فاستويا في العلم (وأذان من الله ورسوله) أي اعلام (فأذنوا بحرب من الله ورسوله) فاعلموا به ، واشتقاقه من الإذن ، يعني أوقعته في إذنتك وأعلمت بك به ومع عدم العلم لا يكون إعلاما فلا يكون إذنا ، ولأن إذن الشارع في أوامره ونواهي لا يثبت إلا بعد العلم بها ، كذلك إذن الأدي ، وعلى هذا يمنع وجود الإذن من جهته .

فصل

فإن حلف عليها أن لا تخرج من هذه الدار الا بإذنه فصعدت سطحها أو خرجت الى صحنها لم يحث لأنها لم تخرج من الدار ، وإن حلف لا تخرج من البيت فخرجت الى الصحن أو الى سطحه حث ، وهذا مقتضى مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، ولو حلف على زوجته لا تخرج ثم حملها فأخرجها ، فإن أمكنها الامتناع فلم تمتنع حث . وقال الشافعي : لا يحث لأنها لم تخرج انما أخرجت .

ولنا أنها خرجت مختارة لحنث كما لو أمرت من حملها ، والدليل على خروجها أن الخروج الانفصال من داخل الى خارج وقد وجد ذلك ، وما ذكره يبطل بما إذا أمرت من حملها ، فأما ان لم يمكنها الامتناع فيحتمل أن لا يحث ، وهو قول أصحاب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، لأن الخروج لا ينسب اليها فأشبه ما لو حملها غير الحالف ، ويحتمل أن يحث لأنه مختار لفعل ما حلف على تركه وإن حلف لا تخرجي الا بإذن زيد فمات زيد ولم يأذن فخرجت حث الحالف لانه علقه على شرط ولم يوجد ولا يجوز فعل المشروط

مسألة . قال (ولو حلف ألا يأكل هذا الرطب فأكله ثمرا حث ،

وجملة ذلك أنه إذا حلف على شيء عينه بالإشارة ، مثل أن حلف لا يأكل هذا الرطب لم يخل من حالين . أحدهما أن يأكله رطبا فيحنث بلا خلاف . بين الجميع لكونه فعل ما حلف على تركه صريحا . الثاني أن تتغير صفته ، وذلك يقسم خمسة أقسام .

أحدها أن تستحيل أجزاءه ويتغير اسمه ، مثل أن يحلف لا أكلت هذه البيضة فصارت فرخا أو لا أكلت هذه الحنطة فصارت زرعا فأكله فهذا لا يحنث لانه زال واستحالت أجزاءه ، وعلى قياسه إذا حلف لا شربت هذا الخمر فصارت خلا فشربه .

القسم الثاني : تغيرت صفته وزال اسمه مع بقاء أجزائه ، مثل أن يحلف لا آكل هذا الرطب فصار تمرا ، ولا أكلت هذا الصبي فصار شيخا ، ولا آكل هذا الحمل فصار كبشا ، أو لا آكل هذا الرطب فصار دبسا أو خلا أو ناطقا أو غيره من الخلاء ، ولا يأكل هذه الحنطة فصار دقيقا أو سويقا أو خبزا أو هريسة أو لا أكلت هذا المعجن أو هذا الدقيق فصار خبزا ، أو لا أكلت هذا اللبن فصار سمناء أو جبنا أو كشكا ، أو لا دخلت هذه الدار فصارت مسجدا أو حماما أو فضاء ثم دخلها أو أكله حنث في جميع ذلك .

وبه قال أبو حنيفة فيما إذا حلف لا أكلت هذا الصبي فصار شيخا ، ولا أكلت هذا الحمل فصار كبشا ولا دخلت هذه الدار فدخلها بعد تغيرها ، وقال به أبو يوسف في الحنطة إذا صارت دقيقا ، وللشافعي في الرطب إذا صار تمرا والصبي إذا صار شيخا والحمل إذا صار كبشا وجهان ، وقالوا في سائر الصور لا يحنث ، لأن اسم المحلوف عليه وصورته زالت فلم يحنث ، كما لو حلف لا يأكل هذه البيضة فصارت فرخا .

ولنا أن عين المحلوف عليه باقية لحنث بها ، كما لو حلف لا أكلت هذا الحمل فأكل لحمه أو لا لبست هذا الغزل فصار ثوبا فلبسه ، أو لا لبست هذا الرداء فلبسه بعد أن صار قميصا أو سراويل ، وفارق البيضة إذا صارت فرخا ، لأن أجزاءها استحالت فصارت عينا أخرى ولم تبق عينها ، ولأنه لا اعتبار بالاسم مع التعيين

كألو حلف لا كليت زيداً هذا فغير اسمه ، أو لا كليت صاحب هذا الطيلسان
فكأله بعد بيعه ، ولأنه متى اجتمع التعيين مع غيره مما يعرف به كان الحكم للتعين
كألو اجتمع مع الاضافة .

القسم الثالث : تبدلت الاضافة ، مثل أن حلف لا كليت زوجة زيد هذه
ولا عبده هذا ولا دخلت داره هذه ، فطلق الزوجة وباع العبد والدار فكألهما
ودخل الدار حنث وبه قال مالك والشافعي ومحمد وزفر . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف
لا يحنث إلا في الزوجة لأن الدار لا توالى ولا تعادى ، وإنما الامتناع لأجل
مالكها فتعلقت اليمين بها مع بقاء ملكها عليها وكذلك العبد في الغالب .

وأما أنه إذا اجتمع في اليمين التعيين والاضافة كان الحكم للتعين ، كألو قال
والله لا كليت زوجة فلان ولا صديقه ، وما ذكروه لا يصح في العبد لأنه يوالى
ويعادى ، ويلزمه في الدار إذا أطلق ولم يذكر مالكها فإنه يحنث بدخولها بعد
بيع مالكها إياها .

القسم الرابع : إذا تغيرت صفته بما يزيل اسمه ثم عادت كقص انكسر ثم
أعيد ، وقلم انكسر ثم برى ، وسفينة تقصمت ثم أعيدت ، ودار هدمت ثم بنيت
واسطوانة نقضت ثم أعيدت فإنه يحنث لأن أجزاءها وأسمها موجود فأشبه ما لو
لم تتغير .

القسم الخامس : إذا تغيرت صفته بما لم يزل اسمه كالحم شوى أو طبخ وعبد
بيع ورجل مرض فإنه يحنث به بلا خلاف فعليه لأن الاسم الذى علق عليه اليمين
لم يزل ولا زال التغير فحنث به كألو لم يتغير حاله .

(فصل) وإن قال والله لا كليت سعداً زوج هند أو سيد صبيح أو صديق
عمرو أو مالك هذه الدار أو صاحب هذا الطيلسان أو لا كليت هند امرأة سعد
أو صبيحاً عبده أو عمراً صديقه ، فطاق الزوجة وباع العبد والدار والطيلسان
وعادى عمراً وكلهم حنث لأنه متى اجتمع الاسم والاضافة غلب الاسم بجريانه
بجرى التعيين لتعريف المحل .

(فصل) ومتى نوى يمينه في هذه الأشياء ما دام على تلك الصفة أو الاضافة أو لم يتغير فيمينه على ما نواه لقوله عليه السلام « وانما لامرىء ما نوى ، والله أعلم

» مسألة ، قال (ولو حلف ألا يأكل تمراً فأكل رطباً لم يحنث)

وجملة ذلك أنه إذا لم يعين المحلوف عليه ولم ينمو يمينه ما يخالفه — ظاهر اللفظ ولا صرفه السبب عنه تعلقت يمينه بما تناوله الاسم الذي علق عليه يمينه ولم يتجاوز به ، فإذا حلف — ألا يأكل تمراً لم يحنث إذا أكل رطباً ولا بسرّاً ولا بلحاً ، وإذا حلف — لا يأكل رطباً لم يحنث إذا أكل تمراً ولا بسرّاً ولا بلحاً ولا سائر ما لا يسمى رطباً ، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل)

ولو حلف — لا يأكل عنباً فأكل زيبياً أو دبساً أو خلا أو ناطفاً أو لا يكلم شاباً فكلم شيخاً أو لا يشتري جدياً فاشترى قيساً أو لا يضرب عبداً فضرب عتيقاً لم يحنث بغير خلاف لأن اليمين تعلقت بالصفة دون العين ولم توجد الصفة فجرى مجرى قوله لا أكلت هذه التمرة فأكل غيرها

(فصل) فإن حلف — لا يأكل رطباً فأكل منصفاً ، وهو الذي بعضه بسر وبعضه تمر أو مذنباً وهو الذي بدأ فيه الرطب من ذنبه وباقيه بسر أو حلف — لا يأكل بسرّاً فأكل ذلك حنث ، وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي ، وقال أبو يوسف — وبعض أصحاب الشافعي : لا يحنث لأنه لا يسمى رطباً ولا تمرّاً .

ولنا أنه أكل رطباً وبسرّاً حنث ، كما لو أكل نصف رطبة ونصف بسرة منفردتين ، وما ذكرناه لا يصح فإن القدر الذي أرطب رطباً والباقي بسر ، ولو أنه حلف — لا يأكل الرطب فأكل القدر الذي أرطب من النصف حنث ، ولو حلف — لا يأكل بسرّاً فأكل السر الذي في النصف حنث . وإن أكل السر من يمينه على الرطب وأكل الرطب من يمينه على السر لم يحنث واحد منهما ؛ وإن تخلف — واحد أياً كان رطباً وآخر أياً يكن بسرّاً فأكل الحالف — على أكل الرطب ما في النصف من الرطبة وأكل الآخر باقياً برّاً جميعاً ، وإن حلف — أياً يكن

رطبة أو بسرة أو لا يأكل ذلك فأكل منصفاً لم يبر ولم يحنث لأنه ليس فيه رطبة ولا بسرة .

(فصل) وإن حلف لا يأكل لبناً فأكل من لبن الأنعام أو الصيد أو ابن آدمية حنث لأن الاسم يتناول حقيقته وعرفاً ، وسواء كان حلياً أو رائباً أو مائعاً أو مجفداً ، لأن الجميع لبن ولا يحنث بأكل الجن والسمن والمصل والأقط والكشك ونحوه ، فإن أكل زبداً لم يحنث ، نص عليه

وقال القاضي يحتمل أن يقال في الزبد إن ظهر فيه لبن حنث بأكله وإلا فلا كما قلنا فيمن حلف لا يأكل سمناً فأكل خبيصاً فيه سمن ، وهذا مذهب الشافعي . وإن حلف لا يأكل زبداً فأكل سمناً أو لبناً لم يظهر فيه الزبد لم يحنث ، وإن كان الزبد ظاهراً فيه حنث ، وإن أكل جبناً لم يحنث وكذلك سائر ما يصنع من اللبن ، وإن حلف لا يأكل سمناً فأكل زبداً أو لبناً أو شيئاً مما يصنع من اللبن سوى السمن لم يحنث ؛ وإن أكل السمن منفرداً أو في عصيدة أو حلواء أو طيخ فظهر فيه طعمه حنث ، ولذلك إذا حلف لا يأكل لبناً فأكل طيخاً فيه لبن ، أو لا يأكل خلا فأكل طيخاً فيه نخل يظهر طعمه فيه حنث ، وبهذا قال الشافعي ، وقال بعض أصحابه لا يحنث لأنه لم يفرد به بالأكـل ولا يصح لأنه أكل المحلوف عليه وأضاف إليه غيره فحنث كما لو أكله ثم أكل غيره

(فصل)

وإن حلف لا يأكل شعيراً فأكل حنطة فيها حبات شعير حنث ، لأنه أكل شعيراً فحنث ، كما لو حلف لا يأكل رطباً فأكل منصفاً ، ويحتمل أن لا يحنث لأنه يستهلك في الحنطة فأشبه السمن في الخييص ، وإن نوى يمينه ألا يأكل الشعير منفرداً أو كان سبب يمينه يقتضي ذلك أو يقتضي أكل شعير فظهر أثر أكله لم يحنث إلا بذلك لما قدمنا .

(فصل) فإن حلف لا يأكل فاكهة حنث بأكل كل ما يسمى فاكهة وهي كل ثمرة تخرج من الشجرة يتفكه بها من العنب والرطب والرمان والسفرجل والتفاح والكثير والخوخ والمشمش والأترج والتوت والنبق والموز والجوز

والجيز ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور لا يحث باكل ثمرة النخل والرمان لقول الله تعالى (فيهما فاكهة ونخل ورمان) والمعطوف بنغير المعطوف عليه

ولنا أنهما ثمرة شجرة يتفكه بهما فكانا من الفاكهة كسائر ما ذكرنا ولأنهما في عرف الناس فاكهة ويسمى بأثنيهما فاكهانيا وموضع بيعهما دار الفاكهة والأصل في العرف الحقيقة والعطف لشرفهما وتخصيصهما كقوله تعالى (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال) وهما من الملائكة ، فأما يابس هذه الفواكه كالزبيب والتمر والتين والمشمش اليابس والأجاص ونحوها فهو من الفاكهة لأنه ثمرة شجرة يتفكه بها ، ويحتمل أنه ليس منها لأنه يدخر ومنه ما يقتات ، فأشبهه الحبوب ، والزيتون ليس بفاكهة لأنه لا يتفكه بأكله ، وإنما المقصود زبته وما يؤكل منه يقصد به التأدم لا التفكه والبطم في معناه لأن المقصود زبته ويحتمل أنه فاكهة لأنه ثمرة شجرة يؤكل غصنا ويابسا على جهته فأشبه التوت ، والبلوط ليس بفاكهة لأنه لا يتفكه به وإنما يؤكل عند المجاعة أو التداوى ، وكذلك سائر ثمرة شجر البر الذي لا يستطاب كالزعرور الأحمر وثمر القيقب والعفص وحب الأس ونحوه ، وإن كان فيها ما يستطاب كحب الصنوبر فهو فاكهة لأنه ثمرة شجرة يتفكه به .

(فصل) فأما القثاء والخيار والقرع والبادنجان فهو من الخضار وليس بفاكهة وفي البطيخ وجهان .

أحدهما : هو من الفاكهة ذكره القاضي ، وهو قول الشافعي وأبي ثور لأنه ينضج ويحلو أشبه ثمر الشجر

والثاني ليس من الفاكهة لأنه ثمرة بقله أشبه الخيار والقثاء ، وأما ما يكون في الأرض كالجزر واللفت والفجل والقلقاس والسوطا ونحوه فليس شيء من ذلك فاكهة لأنه يسمى بها ولا هو في معناها

(فصل) وإن حلف لا يأكل أدما حثت بأكل كلما جرت العادة بأكل الحبز به لأن هذا معنى التأدم ، وسواء في هذا ما يصطنع كالطبخ والمرق والحل

والزيت والسمن والشيرج واللبن ، قال الله تعالى في الزيت (وصبغ الآكلين)
وقال عليه السلام « نعم الإدام الحُل » وقال « اتتدموا بالزيت وادهنوا به فإنه من
شجرة مباركة » رواه ابن ماجه ، أو من الجامدات كالشواء والجبن والبقلاء
والزيتون والبيض ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : ما لا يصطبغ به فليس بأدم لأن كل واحد
منهما يرفع الى الفم منفرداً .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « سيد الإدام اللحم » وقال « سيد إدامكم
الملح » رواه ابن ماجه لأنه يؤكل به الخبز عادة فكان أدمًا كالذي يصطبغ به .
ولأن كثيراً مما ذكرنا لا يؤكل في العادة وحده إنما يعد للتأدم به وأكل الخبز به
فكان أدمًا كالخل واللبن . وقولهم أنه يرفع الى الفم وحده مفرداً عنه جوابان .
أحدهما أن منه ما يرفع مع الخبز كالملح ونحوه .

والثاني أنها يجتمعان في الفم والمضغ والبلع الذي هو حقيقة الأكل فلا يضر
افتراقهما قبله فأما التمر ففيه وجهان

أحدهما هو آدم لما روى يوسف عن عبد الله بن سلام قال « رأيت رسول الله
صلى الله عليه وسلم وضع ثمرة على كسرة وقال : هذه أدام هذه » رواه أبو داود
وذكره الإمام أحمد .

والثاني ليس بأدم لأنه لا يؤتدم به عادة إنما يؤكل قوتاً أو حلاوة ، وإن أكل
الملح مع الخبز فهو أدام لما ذكرنا من الخبر ، ولأنه يؤكل به الخبز ولا يؤكل
منفرداً عادة أشبه الجبن والزيتون

(فصل) فإن حلف لا يأكل طعاماً فأكل ما يسمى طعاماً من قوت
وآدم وحلواء وتمر وجامد ومائع حنث ، قال الله تعالى (كل الطعام كان حلاً
لبني إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه) وقال تعالى (ويطعمون الطعام على
حبه) يعني على محبة الطعام لحاجتهم إليه ، وقيل على حب الله تعالى ، وقال الله
تعالى (قل لا أجد فيما أوحى الى محرماً على طاعم بطعمه إلا أن يكون ميتة أو
دماً مسفوحاً أو لحم خنزير) وسمى النبي صلى الله عليه وسلم اللبن طعاماً ، وقال
« إنما يخزن لهم ضرورع مواشيهم أطعمتهم » وفي الماء وجهان

أحدهما هو طعام لقول الله تعالى (إن الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس مني ومن لم يطعمه فإنه مني) والطعام ما يطعم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم سمي اللبن طعاما وهو مشروب فكذلك الماء .

والثاني : ليس بطعام لأنه لا يسمى طعاما ولا يفهم من إطلاق اسم الطعام ، ولهذا يعطف عليه فيقال طعام وشراب ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : إني لا أعلم ما يجزىء من الطعام والشراب إلا اللبن ، ورواه ابن ماجه ، ويقال باب الأطعمة والأشربة ، ولأنه إن كان طعاما في الحقيقة فليس بطعام في العرف فلا يحنت بشره لأن مبنى الإيمان على العرف لكون الحالف في الغالب لا يريد بلفظه إلا ما يعرفه ، فإن أكل دواء فقيه وجهان

أحدهما يحنت لأنه يطعم حال الاختيار ، وهذا مذهب الشافعي والثاني : لا يحنت لأنه لا يدخل في إطلاق اسم الطعام ولا يؤكل إلا عند الضرورة ، فإن أكل من نبات الأرض ما جرت العادة بأكله حنت ، وإن أكل ما لا يجزئه عادة كورق الشجر ونشارة الخشب احتمل وجهين .

أحدهما : يحنت لأنه قد أكله فأشبه ما جرت العادة بأكله ، ولأنه روى عن عتبة بن غزوان أنه قال : لقد رأيتنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سابع سبعة ما لنا طعام إلا ورق الحبله حتى قرحت أشداقنا ،

الثاني : لا يحنت لأنه لا يتناول اسم الطعام في العرف (فصل) فإن حلف لا يأكل قوتا فأكل خبزاً أو ثمرأ أو زيباً أو لحماً أو لبناً حنت لأن كل واحد من هذه يقتات في بعض البلدان ؛ ويحتمل أن لا يحنت إلا بأكل ما يقتاته أهل بلده لأن يمينه تنصرف إلى القوت المتعارف عندهم في بلدهم ، ولا صحاب الشافعي وجهان كهذين ، وإن أكل سويقاً أو استف دقيقاً حنت لأنه لا يقتات كذلك ، ولهذا قال بعض الأصوص :

لا تخبزاً خبزاً وبسبباً ولا تطيلاً بمقام حبساً
وإن أكل حبا يقتات خبزه حنت لأنه يسمى قوتا ولذلك روى أن النبي (ص)
كان يدخر قوت عياله لسنة ، وإنما يدخر الحب ويحتمل أن لا يحنت لأنه لا يقتات
كذلك وإن أكل عنباً أو حصرماً أو خلا لم يحنت لأنه لم يصر قوتا

(فصل) فإن حلف لا يملك مالا حنث بملك كل ما يسمى مالا ، سواء كان من الأثمان أو غيرها من العقار والأثاث والحيوان وبهذا قال الشافعي : وعن أحمد أنه إذا نذر الصدقة بجميع ماله إنما يتناول نذره الصامت من ماله ذكرها ابن أبي موسى لأن إطلاق المال ينصرف إليه .

وقال أبو حنيفة لا يحنث إلا إن ملك مالا زكويًا استحسنًا ، لأن الله تعالى قال (وفي أموالهم حق للسائل والمحروم) فلم يتناول إلا الزكوية . ولنا أن غير الزكوية أموال ، قال الله تعالى (أن تبغوا بأموالكم) وهي مما يجوز ابتغاء النكاح بها ، وقال أبو طلحة للنبي صلى الله عليه وسلم إن أحب أموالي إلى بيرحاء يعني حديقة

وقال عمر : أصبت مالا بأرض خبير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه ، وقال أبو قتادة اشتريت مخرفا فكان أول مال تأثلته ، وفي الحديث : خير المال سكة مابورة أو مهرة مأمورة ، ويقال : خير المال عين خرازة في أرض خواراة ولأنه يسمى مالا فحنث به كالزكوي

وأما قوله (وفي أموالهم حق) فالحق ههنا غير الزكاة لأن هذه الآية مكية نزلت قبل فرض الزكاة ، فإن الزكاة إنما فرضت بالمدينة ، ثم لو كان الحق الزكاة فلا حجة فيها فإن الحق إذا كان في بعض المال فهو في المال كما أن من هو في بيت من دار أو في بلدة فهو في الدار والبلدة ، قال الله عز وجل (وفي السماء رزقكم وما تعدون) ولا يلزم أن يكون في كل أقطارها ، ثم لو اقتضى هذا العموم لوجب تخصيصه ، فإن ما دون النصاب مال ولا زكاة فيه ، فإن حلف لا مال له وله دين حنث ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يحنث لأنه لا ينفع به ولنا أنه ينعقد عليه حول الزكاة ويصح إخراجها عنه ويصح التصرف فيه بالإبراء والحوالة والمعاوضة عنه لمن هو في ذمته والتوكيل في استيفائه فيحنث به كالمودع وإن كان له مال مغضوب حنث لأنه باق على ملكه ، فإن كان له مال ضائع ففيه وجهان . أحدهما : يحنث لأن الأصل بقاءه على ملكه : والثاني لا يحنث لأنه لا يعلم بقاءه ، وإن ضاع على وجه قد يئس من عوده كالذي يسقط في بحر لم يحنث لأن وجوده كعدمه : ويحتمل أن لا يحنث في كل موضع لا يقدر

على أخذ ماله كالمجحود والمفصوب والذي على غير ملي. لأنه لا نفع فيه وحكمه حكم المعدوم في جواز الأخذ من الزكاة وانتفاء وجوب أدائها عليه عنه وان تزوج لم يحنث لأن ما يملكه ليس بمال وان وجب له حق شفعة لم يحنث لأنه لم يثبت له الملك به وان استأجر عقاراً أو غيره لم يحنث لأنه لا يسمى ماله كالمال .

« مسألة ، قال (ولو حلف لا يأكل لحماً فأكل الشحم أو المنخ أو الدماغ لم يحنث إلا أن يكون أراد اجتناب الدسم فيحنث بأكل الشحم)

وجملته : أن الخائف على ترك أكل اللحم لا يحنث بأكل ما ليس بلحم من الشحم والمنخ وهو الذي في العظام والدماغ وهو الذي في الرأس في قحفه ولا الكبد والطحال والرئة والقلب والكروش والمصران والقائصة ونحوها ، وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك . يحنث بأكل هذا كله لأنه لحم حقيقة ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم فأشبهه لحم الفخذ .

ولما أنه لا يسمى لحماً وينفرد عنه باسمه وصفته ، ولو أمر وكيله بشراء لحم فاشترى هذا لم يكن ممثلاً لامره ولا ينفذ الشراء الموكل فلم يحنث بأكله كالقبل وقد دل على أن الكبد والطحال ليستا بلحم قول النبي صلى الله عليه وسلم : أحلت لنا ميتتان ودمان أما الدمان فالكبد والطحال . ولا نسلم أنه لحم حقيقة بل هو من الحيوان مع اللحم كالعظم والدم ، فأما أن قصد اجتناب الدسم حنث بأكل الشحم لأن له دسماً وكذلك المنخ وكل ما فيه دسم .

(فصل)

ولا يحنث بأكل الآلية ، وقال بعض أصحاب الشافعي : يحنث لأنها نابتة في اللحم وتشبهه في الصلابه وليس بصحيح لأنها لا تسمى لحماً ولا يقصد بها ما يقصد به وتخالفه في اللون والذوب والطعم فلم يحنث بأكلها كشحم البطن ، فأما الشحم الذي على الظهر والجنب ، وفي تضاعيف اللحم فلا يحنث بأكله في ظاهر كلام الحرق فإنه قال اللحم لا يخلو من شحم يشير إلى ما يخاط اللحم عما تذيبه النار وهذا كذلك وهذا قول طلحة العاقولي ، وعن قال هذا شحم أبو يوسف ومحمد وقال القاضي : هو لحم يحنث بأكله ولا يحنث بأكله من حلف لا يأكل شحماً

وهذا مذهب الشافعي لأنه لا يسمى شحماً ولا بئعه شحماً ولا يفرد عن اللحم مع الشحم ويسمى بئعه لحماً ويسمى لحماً سمينا، ولو وكل في شراء لحم فاشتراه الوكيل لزمه ولو اشتراه الوكيل في شراء الشحم لم يلزمه .
ولنا قوله تعالى (ومن البقر والغنم حرمتنا عليهم شحومها إلا ما حملت ظهورها أو الحوايا أو ما اختلط بعظم) ولأنه يشبه الشحم في صفته وذوبه ويسمى دهناً فكان شحماً كالذي في البطن ولا نسلم أنه لا يسمى شحماً ولا أنه يسمى بفردة لحماً وإنما يسمى اللحم الذي هو عليه لحماً سمينا ولا يسمى بئعه شحماً لأنه لا يباع بفردة وإنما يباع تبعاً للحم وهو تابع له في الوجود والبيع فلذلك سمي بئعه لحماً ولم يسم شحماً لأنه سمي بما هو الأصل فيه دون التبع .

فصل

وان أكل المرق لم يحنث ذكره أبو الخطاب قال : وقد روى عن أحمد أنه قال لا يعجنى الا كل من المرق وهذا على طريق الورع ، وقال ابن أبي موسى والقاضي يحنث لأن المرق لا يخلو من أجزاء اللحم الذائبة ، وقد قيل : المرق أحد اللحمين .

ولنا أنه ليس بلحم حقيقة ولا يطلق عليه اسمه فلم يحنث به كالكبد ولا نسلم أن أجزاء اللحم فيه وإنما فيه ماء اللحم ودهنه وليس ذلك بلحم ، وأما المثل فإنا أريد به المجاز كما في نظائره من قولهم الدعاء أحد الصدقتين وقلة العيال أحد البسارين وهذا دليل على أنها ليست بلحم لأنه جعلها غير اللحم الحقيقي .

(فصل) فإن أكل رأساً أو كارعا فقد روى عن أحمد ما يدل على أنه لا يحنث لأنه روى عنه ما يدل على أن من حلف لا يشتري لحماً فاشترى رأساً أو كارعا لا يحنث إلا أن ينوى أن لا يشتري من الشاة شيئاً .

قال القاضي : لأن إطلاق اسم اللحم لا يتناول الروس والكوارع ولو وكله في شراء لحم فاشترى رأساً أو كارعا لم يلزمه ويسمى بئع ذلك رأساً ولا يسمى لحماً .

وقال أبو الخطاب : يحنث بأكل لحم الخلد لأنه لحم حقيقة ، وحكي عن أبي موسى أنه لا يحنث إلا أن ينويه باليمين ، وإن أكل اللسان احتمل وجهين .

أحدهما : يحنت لأنه لحم حقيقة .

والثاني : لا يحنت لأنه ينفرد عن اللحم باسمه وصفته فأشبهه القلب .

« مسألة ، قال (فإن حلف ألا يأكل الشحم فأكل اللحم حنت ، لأن اللحم لا يخلو من شحم)

ظاهر كلام الخرقى أن الشحم كل ما يذوب بالنار مما في الحيوان فظاهر الآية والعرف يشهد لقوله ، وهذا ظاهر قول أبي الخطاب وطلحة .

وقال به أبو يوسف ومحمد بن الحسن فعلى هذا لا يكاد لحم يخلو من شيء منه وإن قل فيحنت به ، وقال القاضى : الشحم هو الذى يكون فى الجوف من شحم الكلى أو غيره ، وإن أكل من كل شيء من الشاة من لحمها الأحمر والأبيض والآلية والكبد والطحال والقلب ، فقال شيخنا لا يحنت يعنى ابن حامد لأن اسم الشحم لا يقع عليه ، وهو قول أب حنيفة والشافعى ، وقد سبق الكلام فى أن شحم الظهر والجنب شحم فيحنت به .

وأما أن أكل لحمها أحمر وحده لا يظهر فيه شيء من الشحم فظاهر كلام الخرقى أنه يحنت لأنه لا يخلو من شحم ، وإن قل ويظهر فى الطبخ فانه يبين على وجه المرق وإن قل ، وبهذا يفارق من حلف ألا يأكل سمنا فأكل خبيصا فيه سمن لا يظهر فيه طعمه ولا لونه فإن هذا قد يظهر الدهن فيه ، وقال غير الخرقى من أصحابنا : لا يحنت وهو الصحيح لأنه لا يسمى شحما ولا يظهر فيه طعمه ولا لونه والذى يظهر فى المرق قد فارق اللحم فلا يحنت بأكل اللحم الذى كان فيه .

(فصل) ويحنت بالأكلا من الآلية فى ظاهر كلام الخرقى وموافقيه لأنها دهن يذوب بالنار ويباع مع الشحم ولا يباع مع اللحم ، وعلى قول القاضى وموافقيه ليست شحما ولا لحمها فلا يحنت به الحالف على تركها .

« مسألة ، قال (وإذا حلف ألا يأكل لحما ولم يرد لحما بعينه فأكل من لحم الأنعام أو الطيور أو السمك حنت)

أما إذا أكل من لحم الأنعام أو الصيد أو الطائر فانه يحنت فى قول عامة

علماء الأئمة ، وأما الستمك فظاهر المذهب أنه يحنت بأكله ، وبهذا قال قتادة والثوري ومالك وأبو يوسف .

وقال ابن أبي موسى : في الإرشاد لا يحنت به إلا أن ينويه ، وهو قول ابن حنيفة والشافعي وأبي ثور لأنه لا ينصرف إليه إطلاق اسم اللحم ولو وكل وكيلاً في شراء اللحم فاشترى له سمكاً لم يلزمه ويصح أن ينفي عنه الاسم فيقول : ما أكلت لحمًا وإنما أكلت سمكاً فلم يتعلق به الحنت عند الإطلاق كما لو حلف لا قعدت تحت سقف فانه لا يحنت بالقعود تحت السماء وقد سماها الله تعالى سقفاً محفوظاً لأنه مجاز كذا ههنا .

ولنا قول الله تعالى (الله الذي سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً) وقال (ومن كل تأكلون لحماً طرياً) ولأنه من جسم حيوان ويسمى لحمًا لحنت بأكله كلاحم الطائر وما ذكروه يبطل بلحم الطائر .

وأما السماء فإن الحالف ألا يقعد تحت سقف لا يمكنه التحرز من القعود تحتها فيعلم أنه لم يردّها بيمينه ولأن التسمية ثم مجاز وههنا هي حقيقة لكونه من جسم حيوان يصلح الأكل فكان الاسم فيه حقيقة كلاحم الطائر حيث قال الله تعالى (ولحم طير مما يشتهون) .

(فصل) ويحنت بأكل اللحم المحرم كلاحم الميتة والخنزير والمغصوب ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي في أحد الوجهين لا يحنت بأكل المحرم بأصله لأن يمينه تنصرف إلى ما يحل لا إلى ما يحرم فلم يحنت بما لا يحل كما لو حلف لا يبيع فباع بيمينه فاسداً : لم يحنت .

ولنا أن هذا لحم حقيقة وعرفا فيحنت بأكله كالمغصوب وقد سماه الله تعالى لحمًا فقال (ولحم الخنزير) وما ذكروه يبطل بما إذا حلف لا يلبس ثوبا فلبس ثوب حرير ، وأما البيع الفاسد فلا يحنت به لأنه ليس ببيع في الحقيقة .

(فصل) والأسماء تنقسم إلى ستة أقسام .
أحدها : ماله منسمى واحد كالرجل والمرأة والإنسان والحيوان فهذا تنصرف اليه إلى مسماه بغير خلاف .

الثاني : ماله موضوع شرعى وموضوع لغوى كالوضوء والطهارة والصلاة والزكاة والصوم والحج والعمرة والبيع ونحو ذلك فهذا تنصرف اليه عند الاطلاق الى موضوعه الشرعى دون اللغوى لا نعلم فيه ايضاً خلافاً غير ما ذكرناه فيما تقدم

الثالث : ماله موضوع حقيقى ومجاز لم يشتهر أكثر من الحقيقة كالأسد والبحر فيمين الخالف تنصرف عند الاطلاق الى الحقيقة دون المجاز لأن كلام الشارع إذا ورد فى مثل هذا حل على حقيقة دون مجازه كذلك اليه .

الرابع : الأسماء العرفية وهى ما يشتهر مجازه حتى تصير الحقيقة مغمورة فيه فهذا على ضروب .

أحدها : ما يغلب على الحقيقة بحيث لا يعلمها أكثر الناس كالراوية هى فى العرف اسم المزايدة وفى الحقيقة اسم لما يستقى عليه من الحيوانات والظعينة فى العرف المرأة ، وفى الحقيقة الناقة التى يظعن عليها والعذرة والعائط فى العرف الفضلة المستقدرة وفى الحقيقة العذرة فناء الدار ولذلك قال على عليه السلام لقوم ما لكم لا تنظفون عذراتكم يريد أفنتكم والغائط المكان المظلم فهذا وأشباهه تنصرف يمين الخالف الى المجاز دون الحقيقة لأنه الذى يريد يمينه ويفهم من كلامه فأشبه الحقيقة فى غيره

الضرب الثانى : ان يخص عرف الاستعمال بعض الحقيقة بالاسم وهذا يتنوع أنواعاً فمنه ما يشتهر التخصيص فيه كلفظ الدابة هو فى الحقيقة اسم لكل ما يدب قال الله تعالى (وما من دابة فى الارض إلا على الله رزقها) وقال (ان شر الدواب عند الله الذين كفروا) وفى العرف اسم للبغال والخيل والحير ولذلك لو وصى إنسان لرجل بدابة من دوابه كان له أحد هذه الثلاث فالظاهر أن يمين الخالف تنصرف الى العرف دون الحقيقة عند الاطلاق كالذى قبله ، ويحتمل أن تتناول يمينه الحقيقة بناء على قولهم فيما سنده وعلى قول من قال فى الخالف على ترك أكل اللحم ان يمينه تتناول السمك ومن هذا النوع اذا حلف لا يشم الريحان فانه فى العرف اسم مختص بالريحان الفارسي وهو فى الحقيقة اسم لكل نبت أو زهر طيب الريح مثل الورد والبنفسج والزرع .

وقال القاضى : لا يحنت إلا بشم الريحان الفارسي . وهو مذهب الشافعي لأن الخالف لا يريد يمينه فى الظاهر سواء

وقال أبو الخطاب : يحنث بشم ما يسمى في الحقيقة ريحانا لأن الاسم يتناوله حقيقة ولا يحنث بشم الفاكمة وجها واحداً لأنها لا تسمى ريحانا حقيقة ولا عرفاً ومن هذا لو حلف لا يشم ورداً ولا بنفسجاً فشم دهن البنفسج وماء الورد فقال القاضي لا يحنث ، وهو مذهب الشافعي لأنه لم يشم ورداً ولا بنفسجاً

وقال أبو الخطاب : يحنث لأن الشم إنما هو للرائحة دون الذات ، ورائحة الورد والبنفسج موجودة فيهما . وقال أبو حنيفة : يحنث بشم دهن البنفسج لأنه يسمى بنفسجاً ولا يحنث بشم ماء الورد لأنه لا يسمى ورداً والاول أقرب الى الصحة إن شاء الله ، وإن شم الورد والبنفسج اليابس حنث ، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يحنث كما لو حلف لا يأكل رطباً فأكل تمرًا

ولنا أن حقيقة باقية فحنث به كما لو حلف لا يأكل لحماً فأكل قديداً ، وفارق ما ذكرناه فإن التمر ليس رطباً ، وإن حلف لا يأكل شواء حنث بأكل اللحم المشوي دون غيره من البيض المشوي وما عداه ، وبه قال أصحاب الرأي . وقال أبو يوسف وابن المنذر يحنث بأكل كل ما يشوي لأنه شواء

ولنا أن هذا لا يسمى شواء فلم يحنث بأكله كالمطبوخ ، وقولهم هو شواء في الحقيقة ، قلنا لكنه لا يسمى شواء في العرف ، والظاهر أنه إنما يريد المسمى شواء في عرفهم ، وإن حلف لا يدخل بيتنا فدخل مسجداً أو حماماً فإنه يحنث نصر عليه أحد ويحتمل أن لا يحنث . وهو قول أكثر الفقهاء لأنه لا يسمى بيتاً في العرف فأشبهه ما قبله من الأنواع .

والاول المذهب لأنهما بيتان حقيقة وقد سمي الله المساجد بيوتاً فقال (في بيوت أذن الله أن ترفع - وقال - إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة مبارك) وروى في حديث « المسجد بيت كل تقى »

وروى في خبر « بئس البيت الحمام ، وإذا كان بيتاً في الحقيقة ويسميه الشارع بيتاً حنث بدخوله كبيت الإنسان ، ولا يسلم أنه من الأنواع ، فإن هذا يسمى بيتاً في العرف بخلاف الذي قبله ، وإن دخل بيتاً من شعر أو غيره حنث ، سواء كان الحالف حضرياً أو بدوياً فإن اسم البيت يقع عليه حقيقة وعرفاً ، قال الله تعالى (والله جعل لكم من بيوتكم سكناً وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتاً تستخفونها

يوم ظعنكم) فاما ما لا يسمى في العرف بيتا كالخيمة فالأولى أن لا يحنث بدخوله من لا يسميه بيتا لأن يمينه لا تنصرف اليه ، فإن دخل دهليز دار أو صفتها لم يحنث ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي

وقال أبو حنيفة يحنث لان جميع الدار بيت

ولنا أنه لا يسمى بيتا ، ولهذا يقال : ما دخلت البيت إنما وقفت في الصحن ، وإن حلف لا يركب فركب سفينة فقال أبو الخطاب يحنث لأنه ركوب . قال الله تعالى (اركبوا فيها بسم الله مجريها) وقال (فإذا ركبوا في الفلك)

الضرب الثالث : أن يكون الاسم المحلوف عليه عاما لكن أضاف إليه فعلا لم تجر العادة به الا في بعضه أو اشتهر في البعض دون البعض مثل أن يحلف أن لا يأكل رأسا فإنه يحنث بأكل رأس كل حيوان من النعم والصيد والطيور والحيتان والجراد ، ذكره القاضى

وقال أبو الخطاب لا يحنث إلا بأكل رأس جرت العادة ببيعه للأكل منفردا وقال الشافعي لا يحنث الا بأكل رموس بهيمة الانعام دون غيرها الا أن يكون في بلد تكثر فيه الصيد وتميز رموسها فيحنث باكلها . وقال أبو حنيفة لا يحنث بأكل رموس الإبل لان العادة لم تجر ببيعها مفردة ، وقال صاحباه لا يحنث الا بأكل رموس الغنم لأنها التي تباع في الاسواق دون غيرها فيمينه تنصرف اليها . ووجه الاول أن هذه رموس حقيقة وعرفا ما كولة فحنث باكلها كما لو حلف لا يأكل لحما فاكل من لحم النعام والزرافة وما ينسدر وجوده وبيعه ، ومن ذلك اذا حلف لا يأكل بيضا حنث بأكل بيض كل حيوان ، سواء كثر وجوده كبيض الدجاج أو قل وجوده كبيض النعام ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي : لا يحنث بأكل بيض النعام ، وقال أبو ثور : لا يحنث الا بأكل بيض الدجاج وما يباع في السوق .

ولنا أن هذا كله بيض حقيقة وعرفا وهو ما كول فيحنث باكله كبيض الدجاج ، ولأنه لو حلف لا يشرب ماء فشرب ماء البحر أو ماء نجسا ، أو لا يأكل خبزا فاكل خبز الارز أو الذرة في مكان لا يعتاد كونه فيه حنث ، فاما ان أكل بيض السمك أو الجراد فقال القاضى يحنث لأنه فيض حيوان أشبه ببيض النعام .

وقال أبو الخطاب : لا يحنت الا بأكل بيض يزايل بائضه في الحياة ، وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وأكثر العلماء وهو الصحيح ، لأن هذا لا يفهم من إطلاق اسم البيض ولا يذكر إلا مضافا الى بائضه ولا يحنت بأكل شيء يسمى بيضا غير بيض الحيوان ولا بأكل شيء يسمى رأسا غير رؤوس الحيوان لأن ذلك ليس برأس ولا بيض في الحقيقة والله أعلم

مسئلة ، قال (وان حلف ألا يأكل سويقا فشربه أو لا يشربه فأكله حنت إلا أن تكون له نية)

وجملته أن من حلف لا يأكل شيئا فشربه أو لا يشربه فأكله ، فقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين . أحدهما يحنت لأن اليمين على ترك شيء أو شربه يقصد بها في العرف اجتناب ذلك الشيء . فحملت اليمين عليه الا أن ينوى ، ألا ترى أن قوله تعالى (ولا تأكلوا أموالهم — و — ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما) لم يرد به الا كل على الخصوص ؟ ولو قال طبيب لمريض لا تأكل العسل لكان ناهيا له عن شربه .

والثانية لا يحنت ، وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، ولأن الأفعال أنواع كالأعيان ، ولو حلف على نوع من الأعيان لم يحنت بغيره وكذلك الأفعال . وقال القاضي : إنما الروايتان فيمن عين المحلوف عليه مثل من حلف لا أكلت هذا السويق فشربه أو لا يشربه فأكله ، أما اذا أطلق فقال لا أكلت سويقا فشربه لم يحنت رواية واحدة لا يختلف المذهب فيه ، وهذا مخالف لإطلاق الخرقى وليس للتعين اثر في الحنت وعدمه فإن الحنت في المعين إنما هو لتناوله ما حلف عليه واجراء معنى الأكل والشرب على التناول العام فيهما وهذا لا فرق فيه بين التعيين وعدمه ، وعدم الحنت يتعلل بانه لم يفعل الفعل الذي حلف على تركه وإنما فعل غيره وهذا في المعين كما هو في المطلق فإذا كان في المعين روايتان كانتا في المطلق لعدم الفارق بينهما ولأن الرواية في الحنت اخذت من كلام الخرقى وليس فيه تعيين . ورواية عدم الحنت اخذت من رواية مهنا عن أحمد فيمن حلف لا يشرب هذا

النبيذ فأكله لا يحنث لأنه لا يسمى شرباً وهذا في المعين فإن عديت كل رواية إلى محل الأخرى وجب أن يكون في الجميع روايتان ، وإن قصرت كل رواية على محلهما كان الأمر على خلاف ما قال القاضي وهو أن يحنث في المطلق ولا يحنث في المعين ، فأما أن حلف لياكلن شيئاً فشربه أو ليشربه فأكله فيخرج فيه وجهان بناء على الروايتين في الحنث ، إذا حلف على الترك ، ومتى تقيدت يمينه بنية أو سبب يدل عليها كانت يمينه على ما نواه ، أو دل عليه السبب لأن مبنى الإيمان على النية

فصل

وإن حلف لا يشرب شيئاً فمسه ورمى به فقد روى عن أحمد فيمن حلف لا يشرب فمضق السكر لا يحنث ، وقال ابن أبي موسى : إذا حلف لا يأكل ولا يشرب فمضق السكر لا يحنث وهذا قول أصحاب الرأي فانهم قالوا : إذا حلف لا يشرب فمضق حب رمان ورمى بالثفل لا يحنث ، لأن ذلك ليس بأكل ولا شرب ، ويجوز على قول الحرق أنه يحنث لأنه قد تناوله ووصل إلى بطنه وحلقه فإنه يحنث على ما قلنا فيمن حلف لا يأكل شيئاً فشربه أو لا يشربه فأكله وإن حلف لا يأكل سكرأ فتركه في فيه حتى ذاب فابتلعه ، خرج على الروايتين وإن حلف لا يطعم شيئاً حنث بالأكـل والشرب والمضغ ، لأن ذلك كله طعم قال الله تعالى في النهر (ومن لم يطعمه) .

وإن حلف لا يأكله أو لا يشربه فذاقه لم يحنث في قولهم جميعاً ، لأنه ليس بأكل ولا شرب ، ولذلك لم يفطر به الصائم ، وإن حلف لا يذوقه فأكله أو شربه أو مضغه حنث لأنه ذوق وزيادة ، وإن مضغه ورمى به حنث لأنه قد ذاقه . (فصل) وإن حلف لياكلن أكلة بالفتح لم يبر حتى يأكل ما بعده الناس أكلة وهي المرة من الأكل والأكلة بالضم اللقمة ومنه « فليتناوله في يده أكلة أو أكلتين » .

« مسألة ، قال (ومن حلف بالاطلاق ألا يأكل تمره فوقع في تمره فأكل منه واحدة منع من وطء زوجته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت اليمين عليها ولا يتحقق حنثه حتى يأكل التمر كله)

وجملته : أن حالف هذه اليمين لا يخلو من أحوال ثلاثة .
أحدها : أن يتحقق أكل التمرة المحلوف عليها ، فاما أن يعرفها بعينها أو
بصفتها أو يأكل التمر كله أو الجانب الذي وقعت فيه كله فهذا يحث بلا خلاف
بين أهل العلم ، وبه يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي ، لأنه
أكل التمرة المحلوف عليها .

الثاني أن يتحقق أنه لم يأكلها إما بأن لا يأكل من التمر شيئا أو أكل شيئا
يعلم أنه غيرها فلا يحث أيضا بلا خلاف ، ولا يلزمه اجتناب زوجته .
الثالث . أكل من التمر شيئا إما واحدة أو أكثر إلى أن لا يبقى منه إلا واحدة
ولم يدر هل أكلها أم لا ؟ فهذه مسألة الخرقى فلا يتحقق حثه ، لأن الباقية يحتمل
إسائها المحلوف عليها ، ويقين النكاح ثابت فلا يزول بالشك ، وهذا قول الشافعي
وأصحاب الرأي . فعلى هذا يكون حكم الزوجية باقيا في لزوم نفقتها وكسوتها
ومسكنها وسائر أحكامها إلا الوطء ، فإن الخرقى قال : يمنع وطأها لأنه شاك في
حلها فحرمت عليه كما لو اشتبهت عليه امرأته باجنبيه ، وذكر أبو الخطاب : أنها
باقية على الحل وهو مذهب الشافعي لأن الأصل الحل فلا يزول بالشك كسائر
أحكام النكاح ولأن النكاح باق حكما فأثبت الحل كما لو شك هل طلق أم لا ؟
وإن كانت يمينه لياكل هذه التمرة فلا يتحقق بزه حتى يتحقق أنه أكلها .

« مسأله ، قال (ولو حلف أن يضربه عشرة أسواط فجمعها فضربه بها ضربة
واحدة لم يبر في يمينه) »

وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي ، وقال ابن حامد . يبر لأن أحد قال في المريض
عليه الحد يضرب بعشكال النخل فيسقط عنه الحد ، وبهذا قال الشافعي إذا علم
أنها مسته كلها ، وإن علم أنها لم تمسه كلها لم يبر وإن شك لا يحث في الحكم لأن
الله تعالى قال (وخذ بيدك ضعفا فاضرب به ولا تحث) .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم في المريض الذي زنى « خذوا له عشكالا فيه
مائة شماغ فاضربوه بها ضربة واحدة » ولأنه ضربه بعشرة أصوات فبر في يمينه
كما لو فرق الضرب .

ولنا أن معنى يمينه أن يضربه عشر ضربات ولم يضربه الا ضربة واحدة فلم يبر كما لو حلف ليضربه عشر مرات بسوط ، والدليل على هذا أنه لو ضربه عشر ضربات بسوط واحد يبر في يمينه بغير خلاف ، ولو عاد العدد الى السوط لم يبر بالضرب بسوط واحد كما لو حلف ليضربه بعشرة أسواط ولأن السوط ههنا آلة أقيمت مقام المصدر فانتصب انتصابه ، فعنى كلامه لا يضربه عشر ضربات بسوط وهذا هو المفهوم من يمينه والذي يقتضيه لغة فلا يبر بما يخالف ذلك .

وأما أيوب عليه السلام فإن الله تعالى أرخص له رفقا بامرأته لبرها به وإحسانها اليه ليجمع له بين بره في يمينه ورفقه بامرأته ولذلك امتن عليه بهذا وذكره في جملة ما من عليه به من معافاته إياه من بلائه وإخراج الماء له فيختص هذا به كاختصاصه بما ذكر معه ، ولو كان هذا الحكم عاما لكل واحد لما اختص أيوب بالمنة عليه .

وكذلك المريض الذي يخاف تلفه أرخص له بذلك في الحد دون غيره وإذا لم يتغده هذا الحكم في الحد الذي ورد النص به فيه فلتلا بتعداه الى اليمين أولى ولو خص بالبر من له عذر يبيع العدول في الحد الى الضرب بالعشكال لكان له وجه ، وأما تعديته الى غيره فبعيدة جداً ، ولو حلف أن يضربه بعشرة أسواط فجمعها فضربه بها بر لأنه قد فعل ما حلف عليه .

وان حلف ليضربه عشر مرات لم يبر يضربه بعشرة أسواط دفعة واحدة بغير خلاف ، لأنه لم يفعل ما تناولته يمينه ، وان حلف ليضربه عشر ضربات فكذلك الا وجهاً لأصحاب الشافعي ، أنه يبر وليس بصحيح لأن هذه ضربه واحدة بأسواط ولهذا يصح أن يقال ما ضربته الا ضربة واحدة ولو حلف لا يضربه أكثر من ضربة واحدة ففعل هذا لم يحنت في يمينه .

(فصل) ولا يبر حتى يضربه ضرباً يؤلمه ، وبهذا قال مالك ؛ وقال الشافعي يبر بما لا يؤلم لأنه يتناوله الاسم فوق البر به كالمؤلم .

ولنا أن هذا يقصد به في العرف التأليم فلا يبر بغيره ، وكذلك كل موضع وجب الضرب في الشرع في حد أو تعزير كان من شرطه التأليم كذا ههنا .

« مسأله ، قال (ولو حلف ألا يكلمه فكتب إليه أو أرسل إليه رسولاً حنث إلا أن يكون أراد أن لا يشافيه)

أكثر أصحابنا على هذا وهو مذهب مالك والشافعي ، وقد روى الأثرم وغيره عن أحمد : في رجل حلف ألا يكلم رجلاً فكتب إليه كتاباً قال وأى شيء كان سبب ذلك ؟ إنما ينظر إلى سبب يمينه ولم حلف . إن الكتاب قد يجري مجرى الكلام والكتاب قد يكون بمنزلة الكلام في بعض الحالات وهذا يدل على أنه لا يحنث بالكتاب إلا أن تكون نيته أو سبب يمينه يقتضي هجرانه وترك صلته وإن لم يكن كذلك لم يحنث بكتاب ولا رسول لأن ذلك ليس بتكلم في الحقيقة وهذا يصح نفيه فيقال ما كلمته وإنما كاتبته أو راسلته ولذلك قال الله تعالى (تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض منهم من كلم الله) وقال (يا موسى إني اصطفيتك على الناس برسالاتي وبكلامي) وقال (وكلم الله موسى تكليماً) ولو كانت الرسالة تكليماً لشارك موسى غيره من الرسل ولم يختص بكونه كلم الله ونجيّه .

وقد قال أحمد حين مات بشر الحافي : لقد كان فيه أنس وما كلمته قط وقد كانت بينهما مراسلة ، ومن قال لا يحنث بهذا الثوري وأبو حنيفة وابن المنذر والشافعي في الجديد واحتج أصحابنا بقوله تعالى (وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحياً أو من وراء حجاب أو يرسل رسولاً فيوحى) فاستثنى الرسول من التكلم ، والاصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه . ولأنه وضع لإفهام الأدميين أشبه الخطاب والصحيح أن هذا ليس بتكلم وهذا الاستثناء من غير الجنس كما قال في الآية الأخرى (آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً) والرمز ليس بتكلم لكن إن نوى ترك مواصلته أو كان سبب يمينه يقتضي هجرانه حنث لذلك ، ولذلك قال أحمد إن الكتاب يجري مجرى الكلام وقد يكون بمنزلة الكلام فلم يجعله كلاماً إنما قال هو بمنزلة في بعض الحالات إذا كان السبب يقتضي ذلك ، وإذا أطلق احتمال أن لا يحنث لأنه لم يكلمه . واحتمل أن يحنث لأن الغالب من الحالف هذه اليمين قصد ترك المواصلة فتعلق يمينه بما يراد في الغالب كقولنا في المسألة قبلها والله أعلم

(فصل) وان أشار إليه ففيه وجهان : قال القاضي يحنت لأنه في معنى المكاتب والمراسلة في الإفهام .

والثاني : لا يحنت ذكره أبو الخطاب . لأنه ليس بكلام قال الله تعالى لمريم عليها السلام (فقولي إني نذرت للرحمن صوماً فلن أكلم اليوم إنسياً ، الى قوله ، فأشارت إليه) وقال في زكريا (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاث ليال سوياً ، الى قوله ، فخرج على قومه من المحراب فأوحى إليهم أن سبحوا بكرة وعشيا) ولأن الكلام حروف وأصوات ولا يوجد في الإشارة . ولأن الكلام شيء مسموع وتبطل به الصلاة قال النبي صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس ، والإشارة بخلاف هذا ، فإن قيل فقد قال الله تعالى (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزاً) قلنا هذا استثناء من غير الجنس بدليل ما ذكرنا وصحة نفيه عنه فيقال ما كلبه وانما أشار إليه .

(فصل) فإن كلم غير المحلوف عليه بقصد اسماع المحلوف عليه فقال أحمد : يحنت لأنه قد أراد تكليمه وقد روينا عن أبي بكرة نفع بن الحارث أنه كان قد حلف أن لا يكلم أخاه زياداً . فلما أراد زياد الحج جاء أبو بكرة الى قصر زياد فدخل فأنخذ بنياً لزياد صغيراً في حجره ثم قال : يا ابن أخي ان أباك يريد الحج ولعله يمر بالمدينة فبدخل على أم حبيبة زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا النسب الذي ادعاه وهو يعلم أنه ليس بصحيح ، وأن هذا لا يحل له ثم قام فخرج وهذا يدل على أنه لم يمتقد ذلك تكليماً له ، ووجه الأول انه أسمعه كلامه قاصداً لإسماعه وإفهامه فأشبهه ما لو خاطبه . وقال الشاعر :

* إياك أعنى فاسمى يا جارة *

(فصل) فإن ناداه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنت نص عليه أحمد : فإنه سئل عن رجل حلف أن لا يكلم فلانا فناداه والمحلوف عليه لا يسمع قال يحنت : لأنه قد أراد تكليمه وهذا لكون ذلك يسمى تكليماً يقال : كلبته فلم يسمع ، وإن كان ميتاً أو غائباً أو مغفياً عليه أو أصم لا يعلم بتكليمه إياه لم يحنت وبهذا قال الشافعي .

وحكى عن أبي بكر أنه يحنث ببناء الميت لأن النبي صلى الله عليه وسلم كلمهم وناداهم ، وقال : ما أتم بأسمع لما أقول منهم .
ولنا قوله تعالى (وما أنت بمسمع من في القبور) ولأنه قد بطلت حواشيه وذهبت نفسه فكان أبعد من السماع من الغائب البعيد لبقاء الحواس في حقه ؛
وانما كان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم كرامة له وأمرأ اختص به فلا يقاس عليه غيره .

(فصل) وان سلم على المحلوف عليه حنث لان السلام كلام تبطل الصلاة به وان سلم على جماعة هو فيهم أو كلهم فإن قصد المحلوف عليه مع الجماعة حنث لانه كلمه ، وان قصدهم دونه لم يحنث . قال القاضي : لا يحنث رواية واحدة ، وهو مذهب الشافعي لان اللفظ العام يحتمل التخصيص ، فإذا نواه به فهو على ما نواه وان أطلق حنث ، وبه قال الحسن وأبو عبيد ومالك وأبو حنيفة ، لانه مكلم لجميعهم لان مقتضى اللفظ العموم فيحمل على مقتضاه عند الاطلاق ، وقال القاضي : فيه روايتان وللشافعي قولان .

أحدهما : لا يحنث لان العام يصلح للتخصص ، فلا يحنث بالاحتمال والاول أولى لان هذا الاحتمال مرجوح فيتعين العمل بالراجح كما احتمل اللفظ المجاز الذي ليس بمشهر فإنه لا يمنع حمله على الحقيقة عند الاطلاق فإن لم يعلم أن المحلوف عليه فيهم ففيه روايتان .

إحدهما : لا يحنث لانه لم يرد فاشبهه ماله استثناء . والثانية : يحنث لانه قد أرادهم بسلامه وهو منهم وهذا بمنزلة الناسي ، وان كان وحده فسلم عليه ولا يعرفه فقال أحد : يحنث ويحتمل أن لا يحنث بناء على الناسي والجاهل .

(فصل) فإن حلف لا يكاهنه ثم وصل يمينه بكلامه مثل أن قال فتحقق ذلك أو فاذهب فقال أصحابنا : يحنث ، وقال أصحاب أبي حنيفة لا يحنث بالقليل لان هذا تمام الكلام الاول والذي يقتضيه يمينه أن لا يكاهنه كلاما مستأنفا ، واحتج أصحابنا بأن هذا القليل كلام منه له حقيقة وقد وجد بعد يمينه فيحنث به كما لو فصله ولأن ما يحنث به إذا فصله يحنث به إذا وصله كالكثير . وقولهم : ان اليمين يقتضى خطابا مستأنفا قلنا : وهذا الخطاب مستأنف غير الاول بدليل أنه لو قطعه

حنت به وقياس المذهب أنه لا يحنت ، لأن قرينة صلته هذا الكلام يمينه تدل على إرادة كلام يستأنفه بعد انقضاء هذا الكلام المتصل فلا يحنت به كما لو وجدت النية حقيقة ، وإن نوى كلاماً غير هذا لم يحنت بهذا في المذهبين .

(فصل) وإن صلى بالمخوف عليه إماماً ثم سلم من الصلاة لم يحنت نص عليه أحمد ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال أصحاب الشافعي : يحنت لأنه شرع له أن ينوي السلام على الحاضرين .

ولنا أنه قول مشروع في الصلاة فلم يحنت به كتكبيرها وليست نية الحاضرين بسلامه واجبة في السلام وإن ارتج عليه في الصلاة ففتح عليه الحالف لم يحنت لأن ذلك كلام الله وليس بكلام آدميين .

(فصل) وإن خلف — لا يتكلم فقرأ لم يحنت ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إن قرأ في الصلاة لم يحنت وإن قرأ خارجاً منها حنت لأنه يتكلم بكلام الله ، وإن ذكر الله تعالى لم يحنت ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنه يحنت لأنه كلام قال الله تعالى (وألزمهم كلمة التقوى) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : أفضل الكلام أربع : سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر ، وقال : كلمتان خفيفتان على اللسان ثقيلتان في الميزان حبيبتان إلى الرحمن سبحان الله وبحمده وسبحان الله العظيم ، ولنا أن الكلام في العرف لا يطلق إلا على كلام آدميين ولهذا لما قال النبي صلى الله عليه وسلم : إن الله يحدث من أمره ما يشاء ، وأنه قد أحدث أن لا تكلموا في الصلاة ، لم يتناول المختلف فيه وقال زيد بن أرقم كنا نتكلم في الصلاة حتى نزلت : وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام ، وقال الله تعالى (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا) واذكر ربك كثيراً وسبح بالعشي والابكار) فأمره بالتسبيح مع قطع الكلام عنه : ولأن ما لا يحنت به في الصلاة لا يحنت به خارجاً منها كالإشارة ، وما ذكره يبطل بالقراءة والتسبيح في الصلاة وذكر الله المشروع فيها وإن استأذن عليه إنسان فقال (ادخلوها بسلام آمنين) يقصد القرآن لم يحنت وإلا حنت .

(فصل) وإن خلف — لا يتكلم ثلاث ليال أو ثلاثة أيام لم يكن له أن يتكلم في الأيام التي بين الليالي ولا في الليالي التي بين الأيام إلا أن ينوي لأن الله تعالى

قال (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا) وفي موضع آخر (ثلاث ايام سويا) فكان كل واحد من اللفظين عبارة عن الزمانين جميعا وقال الله تعالى (وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر) فدخل فيه الليل والنهار .

(فصل) ومن حلف أن لا يتكفل بمال فكفل بيدن إنسان فقال أصحابنا يحنث لأن المال يلزمه بكفاله إذا تعذر تسليم المكفول به والقياس أنه لا يحنث لأنه لم يكفل بمال وإنما يلزمه المال بتعذر إحضار المكفول به وأما قبل ذلك فلا يلزمه ولأن هذا لا يسمى كفالة بالمال ولا يصح نفيها عنه فيقال ما تكفل بمال وإنما تكفل بالبدن وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي .

(فصل) وإن حلف لا يستخدم عبدا نخدمه وهو ساكت لم يأمره ولم ينهه فقال القاضي إن كان عبده حنث وإن كان عبد غيره لم يحنث وهذا قول أبي حنيفة لأن عبده يخدمه عبادة بحكم استحقاقه ذلك عليه فيكون معنى يمينه لا منعك خدمتي فإذا لم ينه لم يمينه فيحنث وعبد غيره بخلافه .

وقال أبو الخطاب يحنث في الحالين لأن إقراره على الخدمة استخدام ولهذا يقال فلان يستخدم عبده إذا خدمه وإن لم يأمره ولأن ما حنث به في عبده حنث به في غيره كسائر الأشياء ، وقال الشافعي : لا يحنث في الحالين لأنه حلف على فعل نفسه ولا يحنث بفعل غيره كسائر الأفعال .

(فصل) وإذا حلف رجل بالله لا يفعل شيئا فقال له آخر يميني في يمينك لم يلزمه شيء لأن يمين الأول ليست ظرفا ليمين الثاني وإن نوى أنه يلزمي من اليمين ما يلزمك لم يلزمه حكمها قاله القاضي وهو مذهب الشافعي لأن اليمين بالله لا تنعقد بالكناية لأن تعلق الكفارة بها لحرمة اللفظ باسم الله المحترم أوصفة من صفاته ولا يوجد ذلك في الكناية .

وإن حلف بطلاق فقال آخر يميني في يمينك ينوي أنه يلزمي من اليمين ما يلزمك انعقدت يمينه نص عليه أحمد وسئل عن رجل حلف بالطلاق لا يكلم رجلا فقال رجل وأنا على مثل يمينك فقال عليه مثل ما قال الذي حلف لأن الكناية تدخل في الطلاق وكذلك يمين العتاق والظهار وإن لم ينو شيئا لم تنعقد يمينه لأن الكناية لا تعمل بغير نية وليس هذا بصريح وإن كان المقول له لم يحلف بعد وإنها أراد أنه

يلزمه ما يلزم الآخر من يمين يحلف — بها لحلف — المقول له لم تنعقد يمين القائل ، وإن كان في الطلاق والعق لا بد أن يكون هناك ما يكتفى عنه وليس ههنا ما يكتفى عنه .

وذكر القاضى فى موضع آخر فيمن قال أيمان البيعة تلزمنى أنه ان عرفها ونوى جميع ما فيها انعقدت يمينه بجميع ما فيها وهذا خلاف ما قاله فى هذه المسألة فيكون فيها وجهان .

(فصل)

فإن قال أيمان البيعة تلزمنى فقال أبو عبد الله بن بطة كنت عند أبي القاسم الحرقى وقد سأل رجل عن أيمان البيعة فقال لست أفتى فيها بشيء ولا رأيت أحداً من شيوخنا يفتى فى هذه اليمين قال وكان أبى رحمه الله يعنى أبا على يهاب الكلام فيها ثم قال أبو القاسم : إلا أن يلتزم الحالف بها جميع ما فيها من الأيمان فقال له السائل عرفها أو لم يعرفها ؟ فقال نعم وأيمان البيعة هى التى رتبها الحاج ويستحلف بها عند البيعة والأمر المهم للسلطان وكانت البيعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه الراشدين بالمصافحة فلما ولى الحاج رتبها أيماننا تشتمل على اليمين بالله والطلاق والعتاق وصدقة المال فمن لم يعرفها لم تنعقد يمينه بشيء مما فيها لأن هذا ليس بصريح فى القسم والكناية لا تصح إلا بالنية ومن لم يعرف شيئاً لم يصح أن ينويه وإن عرفها ولم ينو عقد اليمين بها فيها لم يصح أيضاً لما ذكرناه ومن عرفها ونوى اليمين بها فيها صح فى الطلاق والعتاق لأن اليمين بها تنعقد بالكناية وما عدا ذلك من اليمين بالله وما عدا الطلاق والعتاق فقال القاضى ههنا تنعقد يمينه أيضاً لأنها يمين فتعقد بالكناية المنويه كيمين الطلاق والعتاق ، وقال فى موضع آخر لا تنعقد اليمين بالله بالكناية وهو مذهب الشافعى لأن الكفارة وجبت فيها لما ذكر فيها من اسم الله العظيم المحترم ولا يوجد ذلك فى الكناية والله أعلم .

كتاب النذور

الأصل في النذر الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب : فقول الله تعالى « يوفون بالنذر » وقال — وليوفوا نذورهم ، وأما السنة فروت عائشة قالت قال رسول الله (ص) « من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » وعن عمران بن حصين عن النبي « ص » أنه قال « خيركم قرني ثم الذين بلونهم ثم الذين بلونهم ثم يحيى قوم يندورن ولا يفون ويخونون ولا يؤتمنون ويشهدون ولا يستشهدون ، وبظهر فيهم السمن ، رواهما البخاري وأجمع المسلمون على صحة النذر في الجملة ولزوم الوفاء به .

(فصل) ولا يستحب ، لأن ابن عمر روى عن النبي « ص » أنه نهى عن النذر وأنه قال « لا يأتي بخير وإنما يستخرج به من البخيل » متفق عليه وهذا نهى كراهة لا نهى تحريم لانه لو كان جراما لما مدح الموفين به لأن ذنبهم في ارتكاب المحرم أشد من طاعتهم في وفائه ، ولأن النذر لو كان مستحبا لفعله النبي صلى الله عليه وسلم وأفاضل أصحابه .

« مسأله » قال (ومن نذر أن يطيع الله عز وجل لزمه الوفاء به ومن نذر أن يعصيه لم يعصه وكفر كفارة يمين)

ونذر الطاعة الصلاة والصيام والحج والعمرة والعتق والصدقة والاعتكاف والجهاد وما في هذه المعاني سواء نذره مطلقا بأن يقول : لله على أن أفعل كذا وكذا أو علقه بصفة مثل قوله : إن شفاني الله من عاتى أو شفى فلانا أو سلم مالى الغائب أو ما كان في هذا المعنى فأدرك ما أمل بلوغه من ذلك فعليه الوفاء به ، ونذر المعصية أن يقول لله على أن أشرب الخمر أو أقتل النفس المحرمة وما أشبهه فلا يفعل ذلك ويكفر كفارة يمين ، وإذا قال : لله على أن أركب دابتي أو أسكن دارى أو ألبس أحسن ثيابى وما أشبهه لم يكن هذا نذر طاعة ولا معصية فإن لم يفعله كفر كفارة يمين لأن النذر كاليمين وإذا نذر أن يطلق زوجته استحب له أن لا يطلقها ويكفر كفارة يمين وجملة أن النذر سبعة أقسام .

أحدها : نذر اللجاج والغضب وهو الذي يخرج مخرج اليمين للحث على فعل شيء أو المنع منه غير قاصد به للنذر ولا القربة ، فهذا حكمه حكم اليمين وقد ذكرناه في باب الأيمان .

القسم الثاني : نذر طاعة وتبرر . مثل الذي ذكر الحرقى ، فهذا يلزم الوفاء به للآيتين والخبرين وهو ثلاثة أنواع .

أحدها : التزام طاعة في مقابلة نعمة استجلبها أو نعمة استدفعها ، كقوله إن شفاني الله فله على صوم شهر ، فتكون الطاعة الملتزمة مما له أصل في الوجوب بالشرع كالصوم والصلاة والصدقة والحج فهذا يلزم الوفاء به بإجماع أهل العلم

النوع الثاني : التزام طاعة من غير شرط ، كقوله ابتداء الله على صوم شهر فيلزمه الوفاء به في قول أكثر أهل العلم ، وهو قول أهل العراق وظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعض أصحابه لا يلزم الوفاء به لأن أبا عمر غلام ثعلب قال : النذر عند العرب وعد بشرط ، ولأن ما التزمه الأدنى بعوض يلزمه بالعقد كالمبيع والمستأجر وما التزمه بغير عوض لا يلزمه بمجرد العقد كالهبة

النوع الثالث : نذر طاعة لا أصل لها في الوجوب كالاعتكاف وعبادة المريض فيلزم الوفاء به ، لأن النذر فرع على المشروع ، فلا يجب به مالا يجب له نظير بأصل الشرع .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : من نذر أن يطيع الله فليطعه ، وذمه الذين يندرون ولا يوفون وقول الله تعالى (ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين ، فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون . فاعقبهم نفاقا في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون)

وقد صرح أن عمر قال للنبي صلى الله عليه وسلم : إني نذرت أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام ؟ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : أوف بنذرك ، ولأنه ألزم نفسه قربة على وجه التبرر فتلزمه كوضع الإجماع ، وكألو ألزم نفسه أضحية أو أوجب هديا وكالاعتكاف وكالعمرة فإنهم قد سألوها وليست واجبة عندهم وما

ذكروه يبطل بهذين الأصلين ، وما حكوه عن أبي عمر لا يصح فإن العرب تسمى
الملتزم نذراً وإن لم يكن بشرط . قال جميل :

فليت رجلاً فيك قد نذروا دمي وهموا بقتلي يابثين لقوني
والجمالة وعد بشرط وليست بنذر

القسم الثالث : النذر المبهم وهو أن يقول الله على نذر ، فهذا تجب به الكفارة
في قول أكثر أهل العلم ، وروى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعائشة
وبه قال الحسن وعطاء وطاوس والقاسم وسالم والشعبي والنخعي وعكرمة وسعيد
ابن جبير ومالك والثوري ومحمد بن الحسن ، ولا أعلم فيه مخالفاً إلا الشافعي قال
لا ينعقد نذره ولا كفارة فيه لأن من النذر ما لا كفارة فيه

ولنا ما روى عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كفارة
النذر إذا لم يسمه كفارة اليمين ، رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح
غريب ؛ ولأنه نص ، وهذا قول من سمينا من الصحابة والتابعين ولا نعرف لهم
في عصرهم مخالفاً فيكون إجماعاً .

القسم الرابع : نذر المعصية فلا يحل الوفاء به إجماعاً ، ولأن النبي (ص)
قال : من نذر أن يعصى الله فلا يعصه ، ولأن معصية الله لا تحل في حال ويجب
على الناذر كفارة يمين . روى نحو هذا عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعمران
ابن حصين وسمرة بن جندب وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه . وروى عن
أحمد ما يدل على أنه لا كفارة عليه فإنه قال فيمن نذر ليهدم دار غيره لبنة لبنة
لا كفارة عليه وهذا في معناه

وروى هذا عن مسروق والشعبي وهو مذهب مالك والشافعي لقول رسول الله
صلى الله عليه وسلم : لا نذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد ، رواه مسلم .
وقال : ليس على الرجل نذر فيما لا يملك ، متفق عليه وقال : لا نذر إلا ما ابتغى
به وجه الله ، رواه أبو داود . وقال : من نذر أن يعصى الله فلا يعصه ، ولم يأمر
بكفارة . ولما نذرت المرأة التي كانت مع الكفار فنجت على ناقة رسول الله (ص)
أن تنحرها قالت يا رسول الله : اني نذرت أن أنجاني الله عليها أن انحرها ؟ قال
: بئس ما جزيتها لا نذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد ، رواه مسلم ، ولم

بأمرها بكفارة ، وقال لأبي إسرائيل حين نذر أن يقوم في الشمس ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم ، مروء فليتكلم وليجلس وليستظل وليتم صومه ، رواه البخاري ولم يأمره بكفارة لأن النذر التزام الطاعة وهذا التزام معصية ، ولأنه نذر غير منعقد فلم يوجب شيئا كاليمين غير المنعقدة

ووجه الأول ما روت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين ، رواه الإمام أحمد في مسنده وأبو داود في سننه وقال الترمذي هو حديث غريب

وعن أبي هريرة وعمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله . روى الجوزجاني بإسناده عن عمران بن حصين قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : النذر نذران فما كان من نذر في طاعة الله فذلك لله وفيه الوفاء ، وما كان من نذر في معصية الله فلا وفاء فيه ويكفره ما يكفر اليمين ، وهذا نص ، ولأن النذر يمين بدليل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : النذر حلف ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم لأخت عقبة لما نذرت المشي إلى بيت الله الحرام فلم تطقه : تكفر يمينها ، صحيح أخرجه أبو داود وفي رواية : ولتصم ثلاثه أيام ، قال أحمد إليه أذهب

وقال ابن عباس في التي نذرت ذبح ابنها كفر يمينك ولو حلف على فعل معصية لزمته الكفارة فكذلك إذا نذرها

فأما أحاديثهم فمعناها لا وفاء بالنذر في معصية الله . وهذا لا خلاف فيه ، وقد جاء مصرحاً به هكذا في رواية مسلم ، ويدل على هذا أيضاً أن في سياق الحديث : ولا يمين في قطيعة رحم ، يعني لا يبر فيها ولو لم يبين الكفارة في أحاديثهم فقد بينا في أحاديثنا فإن فعل ما نذره من المعصية فلا كفارة عليه كما لو حلف ليفعلن معصية ففعلها ، ويحتمل أن تلزمه الكفارة حتماً لأن النبي (ص) عين فيه الكفارة ونهى عن فعل المعصية .

القسم الخامس : المباح كلبس الثوب وركوب الدابة وطلاق المرأة على وجه مباح فهذا يتخير الناذر فيه بين فعله فيبر بذلك لما روى أن امرأة أتت النبي (ص) فقالت إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف ، فقال رسول الله (ص)

« أوف بنذرک ، رواه أبو داود ، ولأنه لو حلف على فعل مباح بر بفعله فكذلك إذا نذره لأن النذر كاليمين وإن شاء تركه وعليه كفارة يمين ، ويتخرج أن لا كفارة فيه ، فإن أصحابنا قالوا فيمن نذر أن يعتكف أو يصلي في مسجد معين كان له أن يصلي ويعتكف في غيره ولا كفارة . ومن نذر أن يتصدق بماله كله أجزأته الصدقة بثله بلا كفارة وهذا مثله

وقال مالك والشافعي : لا ينعقد نذره لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا نذر إلا فيما ابتغى به وجه الله » وقد روى ابن عباس قال « بينا النبي صلى الله عليه وسلم يخطب إذ هو برجل قائم ، فسأل عنه فقالوا : أبو إسرائيل نذر أن يقوم في الشمس ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : مروه فليستظل وليجلس وليتكلم وليتم صومه » رواه البخاري

وعن أنس قال « نذرت امرأة أن تمشي إلى بيت الله الحرام ، فستل نبي الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : ان الله لغني عن مشيها مروها فلتركب ، قال الترمذي هذا حديث صحيح ولم يأمر بكفارة . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يهذى بين اثنين فسأل عنه فقالوا نذر أن يخرج ماشيا . فقال ان الله لغني عن تعذيب هذا نفسه مروه فليركب ، متفق عليه ، ولم يأمره بكفارة ، ولأنه نذر غير موجب لفعل ما نذره فلم يوجب كفارة كنذر المستحيل

ولنا ما تقدم في القسم الذي قبله ، فأما حديث التي نذرت المشي فقد أمر فيه بالكفارة في حديث آخر ، وروى عقبه بن عامر « أن أخته نذرت أن تمشي إلى بيت الله الحرام فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : مروها فلتركب ولتكفر عن يمينها ، صحيح أخرجه أبو داود ، وهذه زيادة يجب الأخذ بها ، ويجوز أن يكون الراوي للحديث روى البعض وترك البعض ، أو يكون النبي (ص) ترك ذكر الكفارة في بعض الحديث إحالة على ما علم من حديثه في موضع آخر .

ومن هذا القسم إذا نذر فعل مكروه كطلاق امرأته فإنه مكروه بدليل قول النبي (ص) « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » فالمستحب أن لا يفي ويكفر ، فإن وفى بنذره فلا كفارة عليه والخلاف فيه كالذي قبله

القسم السادس : نذر الواجب كالصلاة المكتوبة فقال أصحابنا لا ينعقد نذره وهو قول أصحاب الشافعي لأن النذر التزام ولا يصح التزام ما هو لازم له ويحتمل أن ينعقد نذره موجبا كفارة يمين إن تركه كما لو حلف على فعله فإن النذر كاليمين وقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم يمينا ، وكذلك لو نذر معصية أو مباحا لم يلزمه ويكفر إذا لم يفعله .

القسم السابع : نذر المستحيل كصوم أمس فهذا لا ينعقد ولا يوجب شيئا لأنه لا يتصور انعقاده ولا الوفاء به ولو حلف على فعله لم تلزمه كفارة فالنذر أولى وعقد الباب في صحيح المذهب أن النذر كاليمين وموجبه موجبها إلا في لزوم الوفاء به إذا كان قرينة وأمكنه فعله ، ودليل هذا الأصل قول النبي صلى الله عليه وسلم لأخت عقبة لما نذرت المشي فلم تطقه ، واتكفر بيمينها ، وفي رواية : فلتصم ثلاثة أيام ، قال أحمد إليه أذهب ، وعن عقبة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كفارة النذر كفارة اليمين ، أخرجه مسلم ، وقول ابن عباس لاتي نذرت ذبح ولدها كفرى بيمينك ولأنه قد ثبت أن حكمه حكم اليمين في أحد أقسامه وهو نذر اللجاج فكذلك سائرته في سوى ما استثناءه الشرع .

(فصل)

وان نذر فعل طاعة وماليس بطاعة لزمه فعل الطاعة كما في خبر أبي إسرائيل فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بإتمام الصوم وترك ما سواه لسكونه ليس بطاعة وفي وجوب الكفارة لما تركه الاختلاف الذي ذكرناه .

وقد روى عقبة بن عامر قال نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله الحرام حافية غير مختمرة فذكر ذلك عقبة لرسول الله (ص) فقال : مر أختك فلتركب ولتختمر ولتصم ثلاثة أيام ، رواه الجوزجاني والترمذي فإن كان المتروك خصالا كثيرة أجزأته كفارة واحدة لأنه نذر واحد فتكون كفارته واحدة كاليمين الواحدة على أفعال ولهذا لم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم أخت عقبة بن عامر في ترك التحنفي والاختيار بأكثر من كفارة .

« مسألة ، قال (ومن نذر أن يتصدق بماله كله أجزاءه أن يتصدق بثلثه كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لأبي لبابة حين قال ان من توبتي يا رسول الله أن أنخلع من مالي فقال رسول الله (ص) يجزئك الثلث)

وجهة ذلك أن من نذر أن يتصدق بماله كله أجزاءه ثلثه ، وبهذا قال الزهري ومالك ، وروى الحسين بن إسحاق الحرقي عن أحمد قال : سأله عن رجل قال جميع ما أملك في المساكين صدقة قال كفارته كفارة يمين قال : وسئل عن رجل قال ما يرث عن فلان فهو للمساكين فذكروا أنه قال يطعم عشرة مساكين . وقال ربيعة : يتصدق منه بقدر الزكاة ، لأن المطلق محمول على معهود الشرع ولا يجب في الشرع إلا قدر الزكاة .

وعن جابر بن زيد . قال : ان كان كثيراً وهو ألفان تصدق بعشرة ، وان كان متوسطا وهو ألف تصدق بسبعة وإن كان قليلا وهو خمسمائة تصدق بخمسة وقال أبو حنيفة : يتصدق بالمال الزكوي كله وعنه في غيره روايتان .

إحداهما : يتصدق به . والثانية . لا يلزمه منه شيء ، وقال الذخعي والبتي والشافعي يتصدق بماله كله لقول النبي (ص) « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ولأنه نذر طاعة فلزمه الوفاء به كنذر الصلاة والصيام .

ولنا قول النبي (ص) لأبي لبابة حين قال إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله فقال « يجزئك الثلث ، .

وعن كعب بن مالك قال : قلت يا رسول الله ان من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله فقال رسول الله (ص) « أمسك عليك بعض مالك ، متفق عليه ولأبي داود « يجزىء عنك الثلث ، .

فإن قالوا هذا ليس بنذر وإنما أراد الصدقة بجميعه فأمره النبي (ص) بالاعتصار على ثلثه كما أمر سعدا حين أراد الوصية بجميع ماله بالاعتصار على الوصية بثلثه وليس هذا محل النزاع إنما النزاع فيمن نذر الصدقة بجميعه . قلنا عنه جوابان أحدهما . أن قوله « يجزىء عنك الثلث ، دليل على أنه أتى بلفظ يقتضي

الإيجاب لأنها إنما تستعمل غالباً في الواجبات ولو كان مخيراً بارادة الصدقة لما لزمه شيء يجرى عنه بعضه .

الثاني : ان منعه من الصدقة بزيادة على الثلث دليل على أنه ليس بقربة لأن النبي (ص) لا يمنع أصحابه من القرب، ونذر ما ليس بقربة لا يلزم الوفاء به وما قاله أبو حنيفة فقد سبق الكلام عليه وما قاله ربيعة لا يصح فإن هذا ليس بركة ولا في معناها فإن الصدقة وجبت لإغناء الفقراء ومواساتهم وهذه صدقة تبرع بها صاحبها تقرباً الى الله تعالى ثم إن المحمول على معهود الشرع المطلق وهذه صدقة معينة غير مطلقة ثم تبطل بها لو نذر صياماً فإنه لا يحمل على صوم رمضان ، وكذلك الصلاة وما ذكره جابر بن زيد تحكم بغير دليل .

(فصل) وإذا نذر الصدقة بمعين من ماله أو بمقدر كالف فروى عن أحمد أنه يجوز ثلثه لأنه مال نذر الصدقة به فأجزأه ثلثه كجميع المال ، والصحيح في المذهب لزوم الصدقة بجميعه لأنه منذور وهو قربة فيلزمه الوفاء به كسائر المنذورات واعموم قوله تعالى (يوفون بالنذر) وإنما خواف هذا في جميع المال الأثر فيه ولما في الصدقة بجميع المال من الضرر اللاحق به اللهم إلا أن يكون المنذور ههنا يستغرق جميع المال فيسكون كنذر ذلك ، ويحتمل أنه ان كان المنذور ثلث المال فما دون لزمه وفاء نذره وان زاد على الثلث لزمه الصدقة بقدر الثلث منه لأنه حكم يعتبر فيه الثلث فأشبهه الوصية به .

(فصل) وإذا نذر الصدقة بقدر من المال فأبرأ غريمه من قدره يقصد به وفاء النذر لم يجرئه ، وان كان الغريم من أهل الصدقة .

قال أحمد : لا يجرئه حتى يقبضه وذلك لأن الصدقة تقتضي التملك وهذا إسقاط فلم يجرئه كما في الزكاة .

وقال أحمد : فيمن نذر أن يتصدق بهال وفي نفسه أنه ألفه أجزاء أن يخرج ما شاء وذلك لأن اسم المال يقع على القليل وما نواه زيادة على ما تناوله الاسم والنذر لا يلزم بالنية والقياس أن يلزمه ما نواه لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فتعلق الحكم به كاليمين ، وقد نص أحمد فيمن نوى صوماً أو صلاة وفي نفسه أكثر مما يتناوله لفظه أنه يلزمه ذلك وهذا كذلك والله أعلم .

« مسأله ، قال (ومن نذر أن يصوم وهو شيخ كبير لا يطبق الصيام كفر كفارة يمين وأطعم لكل يوم مسكيناً)

وجملته أن من نذر طاعة لا يطيقها أو كان قادراً عليها فعجز عنها فعليه كفارة يمين لما روى عقبه بن عامر قال « نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله حافية فأمرتني أن أستغني لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستغنيته فقال : لئش ولتركب ، متفق عليه ولأبي داود « وتكفر يمينها » وللترمذي « ولتصم ثلاثة أيام » وعن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين » قال « ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين » رواه أبو داود وقال وقفه من رواه علي ابن عباس .

وقال ابن عباس من نذر نذراً لم يسمه فكفارته كفارة يمين ومن نذر نذراً في معصية فكفارته كفارة يمين ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين ومن نذر نذراً يطيقه فليف لله بما نذر فإذا كفر وكان المنذور غير الصيام لم يلزمه شيء آخر وإن كان صياماً فعن أحمد روايتان .

أحدهما : يلزمه لكل يوم إطعام مسكين . قال القاضي : وهذا أصح لأنه صوم وجد سبب إيجابه عيناً فإذا عجز عنه لزمه أن يطعم عن كل يوم مسكيناً كصيام رمضان ولأن المطلق من كلام الأدميين يحمل على المعهود شرعاً ، ولو عجز عن الصوم المشروع أطعم عن كل يوم مسكيناً وكذلك إذا عجز عن الصوم المنذور . والثانية : لا يلزمه شيء آخر من إطعام ولا غيره لقوله عليه السلام « ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين » وهذا يقتضي أن تكون كفارة اليمين جميع كفارته ولأنه نذر عجز عن الوفاء به فكان الواجب فيه كفارة يمين كسائر النذور ولأن موجب النذر موجب اليمين إلا مع إمكان الوفاء به إذا كان قرينة ولا يصح قياسه على صوم رمضان لوجهين .

أحدهما : أن رمضان يطعم عنه عند العجز بالموت فكذلك في الحياة وهذا بخلافه ولأن صوم رمضان أكد بدليل وجوب الكفارة بالجماع فيه وعظم اثم من أفطر بغير عذر .

والثاني أن قياس المنذور على المنذور أولى من قياسه على المفروض بأصل الشرع ولأن هذا قد وجبت فيه كفارة فأجزأت عنه بخلاف المشروع ، وقولهم إن المطلق من كلام الآدمي محمول على المعهود في الشرع ، قلنا ليس هذا بمطلق وإنما هو منذور معين ، ويتخرج أن لا تلزمه كفارة في العجز عنه كما في العجز الواجب بأصل الشرع (فصل)

وإن عجز لعارض يرجى زواله من مرض أو نحوه انتظر زواله ولا تلزمه كفارة ولا غيرها لأنه لم يفت الوقت فيشبه المريض في شهر رمضان ، فإن استمر عجزه إلى أن صار غير مرجو الزوال صار إلى الكفارة والفدية على ما ذكرنا من الخلاف فيه ، فإن كان العجز المرجو الزوال عن صوم معين فات وقته انتظر الإمكان ليقضيه ، وهل تلزمه لفوات الوقت كفارة ؟ على روايتين . ذكرهما أبو الخطاب . إحداهما تجب الكفارة لأنه أخل بما نذره على وجهه فلزمته الكفارة كما لو نذر المشي إلى بيت الله الحرام فعجز ولأن النذر كاليمين ، ولو حلف لبصوم من هذا الشهر فأفطره لعذر لزمته كفارة . كذا ههنا

والثانية لا تلزمه لأنه أتى بصيام أجزاءه عن نذره من غير تفريط منه فلم تلزمه كفارة يمين كما لو صام ما عينه .

(فصل) وإن نذر غير الصيام فعجز عنه كالصلاة ونحوها فليس عليه إلا الكفارة لأن الشرع لم يجعل لذلك بدلاً يصار إليه فوجببت الكفارة لمخالفته نذره فقط ، وإن عجز عنه لعارض فخكه حكم الصيام سواء فيما فصلناه .

« مسألة ، قال (وإذا نذر صياماً ولم يذكر عدداً ولم ينوّه فأقل ذلك صيام يوم وأقل الصلاة ركعتان) »

أما إذا نذر صياماً مطلقاً فأقل ذلك يقوم صيام يوم لا خلاف فيه لأنه ليس في الشرع صوم مفرد أقل من يوم فيلزمه لأنه اليقين وأما الصلاة ففيها روايتان . إحداهما : يجزئه ركعة ، نقلها اسماعيل بن سعيد ، لأن أقل الصلاة ركعة فإن الوتر صلاة مشروعة وهي ركعة واحدة وروى عن عمر رضي الله عنه أنه تطوع بركعة واحدة .

والثانية : لا يجزئه الا ركعتان ، وبه قال أبو حنيفة لان أقل صلاة وجبت بالشرع ركعتان فوجب حمل النذر عليه . وأما الوتر فهو نفل والنذر فرض لحمله على المفروض أولى ، ولان الركعة لا تجزىء في الفرض فلا تجزىء في النفل كالسجدة وللشافعي قولان كالروايتين . فأما ان عين بنذره عدداً لزمه قل أو أكثر لان النذر ثابت بقوله . وكذلك عدده فإن نوى عدداً فهو كما لو سماه لانه نوى بلفظه ما يحتمله فلزمه حكمه كاليمين .

« مسألة ، قال (وإذا نذر المشى الى بيت الله الحرام لم يجزئه الا أن يمشى في حج أو عمرة فإن عجز عن المشى ركب وكفر كفارة يمين) »

وجملته أن من نذر المشى الى بيت الله الحرام لزمه الوفاء بنذره ، وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد ، وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن النبي (ص) قال « لا تشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام . ومسجدي هذا ، والمسجد الأقصى ، ولا يجزئه المشى الا في حج أو عمرة ، وبه يقول الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً ، وذلك لان المشى المعهود في الشرع هو المشى في حج أو عمرة ، فإذا أطلق الناذر حمل على المعهود الشرعي ويلزمه المشى فيه لنذره فإن عجز عن المشى ركب وعليه كفارة يمين .

وعن أحمد رواية أخرى انه يلزمه دم ، وهو قول للشافعي وأفتى به عطاء لما روى ابن عباس « أن أخت عقبة بن عامر نذرت المشى الى بيت الله الحرام فأمرها النبي (ص) أن تركب وتهدى هدياً ، رواه أبو داود وفيه ضعف ، ولانه أدخل بواجب في الاحرام فلزمه هدى كتارك الإحرام من الميقات

وعن ابن عمر وابن الزبير قالا : يحج من قابل ويركب ما مشى ويمشى ما ركب ، ونحوه قال ابن عباس وزاد فقال : ويهدى . وعن الحسن مثل الاقوال الثلاثة وعن النخعي روايتان .

احدهما : كقول ابن عمر . والثانية كقول ابن عباس ، وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة : عليه هدى سواء عجز عن المشى أو قدر عليه وأقل الهدى شاة ،

وقال الشافعي : لا تلزمه مع العجز كفارة بحال الا أن يكون النذر مشيا إلى بيت الله فهل يلزمه هدى ؟ فيه قولان . وأما غيره فلا يلزمه مع العجز شيء .
ولنا قول النبي (ص) حين قال لأخت عقبة بن عامر لما بذرت المشى إلى بيت الله
« تمشي وتركب وتكفر عن يمينها » وفي روايه « فلتصم ثلاثة أيام » وقول النبي
صلى الله عليه وسلم « كفارة النذر كفارة اليمين » ولأن المشى مما لا يوجب الإحرام
فلم يجب الدم بتركه ، كما لو نذر صلاة ركعتين فتركهما ، وحديث الهدى ضعيف
وهذا حجة على الشافعي حيث أوجب الكفارة عليها من غير ذكر العجز

فإن قيل فإن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب الكفارة عليها من غير ذكر
العجز . قلنا يتعين حمله على حالة العجز ، لأن المشى قربة ، لأنه مشى إلى عبادة
والمشى إلى العبادة أفضل . ولهذا روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يركب في
عيد ولا جنازة فلو كانت قادرة على المشى لأمرها به ولم يأمرها بالركوب والتكفير
ولأن المشى المقدور عليه لا يخلو من أن يكون واجبا أو مباحا ، فإن كان واجبا
لزم الوفاء به ، وإن كان مباحا لم تجب الكفارة بتركه عند الشافعي ، وقد أوجب
الكفارة هنا ، وترك ذكره في الحديث إما لعلم النبي صلى الله عليه وسلم بحالها وعجزها
وأما لأن الظاهر من حال المرأة العجز عن المشى إلى مكة ، أو يكون قد ذكر في
الحبر فترك الراوى ذكره

وقول أصحاب أبي حنيفة أنه أخل بواجب في الحج . قلنا : المشى لم يوجب
الإحرام ولا هو من مناسكه فلم يجب بتركه هدى ، كما لو نذر صلاة ركعتين في
الحج فلم يصلهما .

فأما أن ترك المشى مع امكانه فقد أساء وعليه كفارة أيضا لتركه صفة النذر .
وقياس المذهب أن يلزمه استئناف الحج ماشيا لتركه صفة المنذور ، كما لو نذر
صوما متتابعات فأتى به متفرقا . وإن عجز عن المشى بعد الحج كفر وأجزأه ، وإن
مشى بعض الطريق وركب بعضا ، فعلى هذا القياس يحتمل أن يكون كقول ابن
عمر ، وهو أن يحج فيمشى ما ركب ويركب ما مشى ، ويحتمل أن لا يجزئه الا
حج يمشى في جميعه لأن ظاهر النذر يقتضي هذا .

ووجه القول الاول أنه لا يلزمه بترك المشى المقدور عليه أكثر من كفارة لأن

المشى غير مقصود في الحج ولا ورد الشرع باعتباره في موضع فلم يلزم بتركه أكثر من كفارة ، كما لو نذر التحفي وشبهه ، وفارق التتابع في الصيام فإنها صفة مقصودة فيه اعتبرها الشرع في صيام الكفارات كفارة الظهار والجماع واليمين

(فصل) فإن نذر الحج راكبا لزمه الحج كذلك لان فيه اتفاقا في الحج ، فإن ترك الركوب فعليه كفارة ، وقال أصحاب الشافعي يلزمه دم لترفيه بترك الانفاق وقد تبينا أن الواجب بترك النذر الكفارة دون الهدى ، إلا أن هذا إذا مشى ولم يركب مع امكانه لم يلزمه أكثر من كفارة ، لأن الركوب في نفسه ليس بطاعة ولا قربه ، وكل موضع نذر المشى فيه أو الركوب فإنه يلزمه الاتيان بذلك من دويرة أهله إلا أن ينوى موضعا بعينه فيلزمه من ذلك الموضع لان النذر محمول على أصله في الفرض والحج المفروض بأصل الشرع يجب كذلك ، ويحرم المنذور من حيث يحرم للواجب ، قال بعض الشافعية : يجب الاحرام من دويرة أهله ، لان اتمام الحج كذلك

ولنا أن المطلق محمول على المعهود في الشرع ، والاحرام الواجب إنما هو من الميقات ويلزمه المنذور من المشى أو الركوب في الحج أو العمرة الى ان يتحلل لان ذلك انقضاء الحج والعمرة .

قال أحمد : يركب في الحج إذا رمى وفي العمرة إذا سعى ، لانه لو وطىء بعد ذلك لم يفسد حجا ولا عمرة ، وهذا يدل على انه إنما يلزمه في الحج التحلل الاول (فصل) وإذا نذر المشى الى بيت الله أو الركوب اليه ولم يرد بذلك حقيقة المشى والركوب إنما أراد اتيانه لزمه اتيانه في حج أو عمرة ولم يتعين عليه مشى ولا ركوب لانه عنى ذلك بنذره وهو محتمل له فأشبه ما لو صرح به ؛ ولو نذر أن يأتى بيت الله الحرام أو يذهب اليه لزمه اتيانه في حج أو عمرة . وعن أبي حنيفة لا يلزمه شيء لان مجرد اتيانه ليس بقربة ولا طاعة

ولنا أنه علق بنذره بوصول البيت فلزمه كما لو قال . لله على المشى الى الكعبة اذا ثبت هذا فهو مخير في المشى والركوب ، وكذلك اذا نذر ان يحج البيت أو يزوره لان الحج يحصل بكل واحد من الامرين فلم يتمين أحدهما ، وان قال : لله على أن آتى البيت الحرام غير حاج ولا معتمر لزمه الحج والعمرة وسقط شرطه

وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن قوله : لله على أن آتى البيت يمتضى حجاً أو عمرة وشرط سقوط ذلك يناقض نذره فسقط حكمه .

(فصل) إذا نذر المشي إلى البلد الحرام أو بقعة منه كالصفا والمروة وأبي قبيس أو موضع في الحرم لزمه الحج أو عمرة نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يلزمه إلا أن ينذر المشي إلى الكعبة أو إلى مكة . وقال أبو يوسف ومحمد إن نذر المشي إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام كقولنا وفي باقي الصور كقول أبي حنيفة .

ولنا : أنه نذر المشي إلى موضع من الحرم أشبه النذر إلى مكة . فاما إن نذر المشي إلى غير الحرم كعرفة ومواقيت الأحرام وغير ذلك لم يلزمه ذلك ويكون كنذر المباح وكذلك إن نذر أتيان مسجد سوى المساجد الثلاثة لم يلزمه أتيانه وإن نذر الصلاة فيه لزمه الصلاة دون المشي ففي أي موضع صلى أجزاء لان الصلاة لا تخص مكاناً دون مكان فلزمته الصلاة دون الموضع ولا نعلم في هذا خلافاً إلا عن الليث فإنه قال لو نذر صلاة أو صياماً بموضع لزمه فعله في ذلك الموضع ومن نذر المشي إلى مسجد مشى إليه .

وقال الطحاوي ولم يوافق على ذلك أحد من الفقهاء وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي هذا والمسجد الأقصى ، متفق عليه ، ولو لزمه المشي إلى مسجد بعيد لشد الرحل إليه ولان العبادة لا تختص بمكان دون مكان فلا يكون فعلها فيما نذر فعلها فيه قرينة فلا تلزمه بنذره وفارق ما لو نذر العبادة في يوم بعينه لزمه فعلها فيه لان الله تعالى عين لعبادته زمناً ووقتاً معيناً ولم يعين لها مكاناً وموضعاً والنذور مردودة إلى أصولها في الشرع فتعينت بالزمان دون المكان .

(فصل) وإن نذر المشي إلى بيت الله تعالى ولم ينو به شيئاً ولم يعينه أنصرف إلى بيت الله الحرام لانه المخصوص بالقصد دون غيره وإطلاق بيت الله ينصرف إليه دون غيره في العرف فينصرف إليه إطلاق النذر .

(فصل) وإن نذر المشي إلى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أو المسجد الأقصى لزمه ذلك وبهذا قال مالك والأوزاعي وأبو عبيد وابن المنذر وهو أحد

قولي الشافعي ، وقال في الآخر لا يبين لي وجوب المشي اليهما لأن البر ياتيان بيت الله فرض والبر ياتيان هذين نقل .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي هذا والمسجد الأقصى ، ولأنه أحد المساجد الثلاثة فيلزم المشي إليه بالنذر كالمسجد الحرام ولا يلزم ما ذكره لأن كل قرينة يجب بالنذر ، وإن لم يكن لها أصل في الوجوب كعبادة المريض وشهود الجنائز ويلزمه بهذا النذر أن يصلي في الموضع الذي أتاه ركعتين لأن القصد بالنذر القرينة والطاعة وإنما تحصيل ذلك بالصلاة فتضمن ذلك نذره كما يلزم ناذر المشي إلى بيت الله الحرام أحد النسكين ونذر الصلاة في أحد المسجدين كنذر المشي إليه كما أن نذر أحد النسكين في المسجد الحرام كنذر المشي إليه .

وقال أبو حنيفة : لا تتمين عليه الصلاة في موضع بالنذر سواء كان في المسجد الحرام أو غيره لأن مالا أصل له في الشرع لا يجب بالنذر بدليل نذر الصلاة في سائر المساجد .

ولنا ما روى أن عمر قال « يا رسول الله إني نذرت أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أوف بنذرك ، متفق عليه ولأن الصلاة فيها أفضل من غيرها بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم ، صلاة في مسجدي هذا خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام ، متفق عليه ، وروى عنه صلى الله عليه وسلم ، صلاة في المسجد الحرام بمائة ألف صلاة ، وإذا كان فضيلة وقربة لزم بالنذر كما لو نذر طول القراءة وما ذكره يبطل بالعمرة فإنها تلزم بنذرها وهي غير واجبة عندهم .

(فصل) وإذا نذر الصلاة في المسجد الحرام لم تجزئه الصلاة في غيره لأنه أفضل المساجد وخيرها وأكثرها ثوابا للمصلي فيها ، وإن نذر الصلاة في المسجد الأقصى أجزأته الصلاة في المسجد الحرام لما روى جابر ، أن رجلا قام يوم الفتح فقال يا رسول الله إني نذرت أن أفتح الله عليك أن أصلي في بيت المقدس ركعتين قال : صل ههنا ، ثم أعاد عليه ، فقال : صل ههنا ، ثم أعاد عليه قال : صل ههنا ،

ثم عاد عليه فقال : شأنك ، رواه أبو داود ، ورواه الامام أحمد ولفظه ، والذي نفسى بيده لو صليت ههنا لا جزأ عنك كل صلاة في بيت المقدس ، وان نذر إتيان المسجد الأقصى والصلاة فيه أجزأته الصلاة فيه وفي مسجد المدينة لأنه أفضل ، وان نذر ذلك في مسجد المدينة لم يجزئه فعله في المسجد الأقصى لأنه مفضول ، وقد سبق هذا في باب الاعتكاف .

(فصل) وان أفسد الحج المتذور ماشيا وجب القضاء ماشيا لأن القضاء يكون على صفة الأداء . وكذلك إن فاته الحج لكن ان فاته الحج سقط توابع الوقوف من البيت بمزدلفة ومن الرمي وتحلل بعمره ويمشى بالحج الفاسد ماشيا حتى يتحلل منه .

« مسألة » قال (وإذا نذر عتق رقبة فهي التي تجزىء عن الواجب إلا أن يكون نوى رقبة بعينها)

يعنى لا تجزئه الا رقبة مؤمنة سليمة من العيوب المضرة بالعمل وهي التي تجزىء في الكفارة لان النذر المطلق يحمل على المعهود في الشرع والواجب بأصل الشرع كذلك وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى .

والوجه الآخر : يجزئه أى رقبة كانت صحيحة أو معيبة مسلمة أو كافرة لان الاسم يتناول جميع ذلك .

ولنا أن المطلق يحمل على معهود الشرع وهو الواجب في الكفارة وما ذكره يبطل بنذر المشى الى بيت الله الحرام فانه لا يحمل على ما تناوله الاسم ، فأما ان نوى رقبة بعينها أجزأه عتقها أى رقبة كانت لانه نوى بلفظه ما يحتمله ، وان نوى ما يقع عليه اسم الرقبة أجزأه ما نواه لما ذكرناه أن المطلق يتقيد بالنية كما يتقيد بالقرينة اللفظية .

قال أحمد : فيمن نذر عتق عبد بعينه فمات قبل أن يعتقه : تلزمه كفارة يمين ولا يلزمه عتق عبد لأن هذا شيء فاته على حديث عقبة بن عامر واليه أذهب في الفائت وما عجز عنه .

(فصل) وإذا نذر هديا مطلقا لم يجزئه إلا ما يجرىء في الاضحية ، وبه قال

أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه لأن المطلق يحمل على معهود الشرع وإن عين الهدى بلفظه أو نيته أجزاء ما عينه صغيراً كان أو كبيراً ، جليلاً كان أو حقيراً لأن ذلك يسمى هدياً قال النبي صلى الله عليه وسلم : من راح في الساعة الخامسة فكأنما أهدى بيضة ، وإنما صرفنا المطلق إلى معهود الشرع لأنه غلب على الاسم كما لو نذر أن يصلي لزمته صلاة شرعية دون اللغوية .

وإن قال الله على أن أهدى بدنة أو بقرة أو قال شاة لزمه أقل ما يجزئ من ذلك الجنس الذي عينه فإن نذر بدنة أجزاء ثنية من الإبل أو ثني فإن لم يجد من الإبل فبقرة فإن لم يجد فسبع من الغنم لأن النذر محمول على معهود الشرع وقد تقرر في الشرع أن البقرة تقوم مقام البدنة ، وكذلك سبع من الغنم ، فإن أراد إخراج البقرة أو الغنم مع القدرة على البدنة فقال القاضي : لا يجزئه وهو المنصوص عن الشافعي والذي يقتضيه مذهب الحنفي جواز ذلك لقوله ومن وجب عليه بدنة فذبح سبعا من الغنم أجزاء فإن نوى بنذره بدنة من الإبل لم يجزئه غيرها مع وجودها وجهاً واحداً لأنها وجبت بإيجابه بخلاف ما إذا أطلق قائماً انصرفت إلى الإبل بمعهود الشرع ، ومعهود الشرع فيها أن تقوم البقرة مقامها ، فأما إن نواها من الإبل أو غيره فمقتضى المذهب أنه لا يقوم غيرها مقامها كسائر المنذورات ، وكذلك إن صرح بها في نذره مثل أن يقول لله على أن أهدى ناقة ، ويحتمل أن تقوم البقرة مقامها عند عدمها لأنها تعينت هدياً شرعياً والهدى الشرعي له بدل .

(فصل)

ومن نذر هدياً لزمه إيصاله إلى مساكن الحرم لأن إطلاق الهدى يقتضي ذلك قال الله تعالى (هدياً بالغ الكعبة) فإن عين شيئاً بنذره مثل أن يقول أهدى شاة أو ثوباً أو برأ أو ذهباً فكان مما ينقل حمل إلى الحرم ففرق في مساكنه ، وإن كان مما لا ينقل نحو أن يقول : لله على أن أهدى داري هذه أو أرضي أو شجرتي هذه بيعت وبعث بشئها إلى الحرم لأنه لا يمكن إهداؤه بعينه فانصرف بذلك إلى بدله .

وقد روى عن ابن عمر أن رجلاً سأله في امرأة نذرت أن تهدي داراً فقال

تبيعها وتتصدق بثمانها على مساكين الحرم ، وكذلك لو كان المنذور مما ينقل لكن يشق نقله كخشبة ثقيلة فانه يبيعها لانه أحظ للمساكين من نقلها وان كان مما لا كلفة في نقله الا أنه لا يمكن تفريقه بنفسه ويحتاج الى البيع نظر الى الحظ للمساكين في بيعه في بلده أو نقله لبيع ثم ، وان استوى الامر ان يبيع في أى موضع شاء .

فصل

وان نذر ان يهدى الى غير مكة كالمدينة أو الثغور أو يذبح بها لزمه الذبح وايصال ما اهداه الى ذلك المكان وتفرقة الهدى ولحم الذبيحة على اهله الا أن يكون بذلك المكان ما لا يجوز النذر له ككنيسة أو صنم أو نحوها مما يعظمه الكفار أو غيرهم مما لا يجوز تعظيمه كشجرة أو قبر أو حجر أو عين ماء ونحو ذلك لما روى أبو داود قال نذر رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ينحر ابلا بيوانه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي (ص) هل كان بها وثن من اوثان الجاهلية يعبد ؟ قالوا لا قال - هل كان فيها عيد من أعيادهم ؟ قالوا لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم - أوف بنذرك ، ولانه ضمن نذره نفع فقراء ذلك البلد بايصال اللحم اليهم وهذه قرينة فتلزمه كما لو نذر التصديق عليهم فان كان بها شيء مما ذكرنا لم يجز النذر لقول النبي (ص) هل كان بها وثن أو عيد من أعياد الجاهلية ؟ وهذا يدل على أنه لو كان بها ذلك لمنعه من الوفاء بنذره ولان في هذا تعظيما لغير ما عظم الله يشبه تعظيم الكفار للاصنام فحرم كتعظيم الاصنام ولذلك لعن النبي صلى الله عليه وسلم المتخذات على القبور المساجد والسرج وقال لعن الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد يحذر مثلها صنعوا وعلى هذا نذر الشمع والزيت وأشباهه الأما كن التي فيها القبور لا يصح .

(فصل) وان نذر الذبح بمكة فهو كنذر الهدى اليها لان مطلق النذر محمول على معهود الشرع ومعهود الشرع في الذبح الواجب بها أن يفرق اللحم بها .

« مسألة ، قال (واذا نذر صيام شهر من يوم يقدم فلان فقدم أول يوم من شهر رمضان أجزاء صيامه لرمضان ونذره)

ظاهر كلام الحرقى : أن نذر هذا منعقد لكن صيامه يحزى . عن النذر ورمضان

وهو قول أبي يوسف وهو قياس قول ابن عباس وعكرمة لأنه نذر صوما في وقت وقد صام فيه .

وقال القاضى ظاهر كلام الخرقي ان النذر غير منعقد لان نذره وافق زمنا يستحق صومه فلم ينعقد نذره كنذر صوم رمضان قال والصحيح عندى صحة النذر لانه نذر طاعه يمكن الوفاء به غالباً فانه قد كمالو وافق شعبان فعلى هذا يصوم رمضان ثم يقضى ويكفر وهذا اختيار أبي بكر ، ونقل جعفر بن محمد عن أحمد : ان عليه القضاء وقول الخرقي أجزاء صيامه لرمضان ونذره دليل على ان نذره انعقد عنده لولا ذلك لما كان صومه عن نذره ، وقد نقل أبو الخطاب عن أحمد فيمن نذر ان يحج وعليه حجة مفروضة فأحرم عن النذر وقعت عن المفروض ولا يجب عليه شيء آخر وهذا مثل قول الخرقي .

وروى عكرمة عن ابن عباس في رجل نذر ان يحج ولم يكن حج الفريضة قال يجزىء لهما جميعاً ، وعن عكرمة أنه سئل عن ذلك فقال عكرمة يقضى حجته عن نذره وعن حجة الإسلام أرايتم لو ان رجلاً نذر ان يصلي أربع ركعات فصلي العصر أليس ذلك يجزئه من العصر والنذر ؟ قال فذكرت قولى لابن عباس فقال : أصبت وأحسن .

وقال ابن عمر وأنس وعروة يبدأ بحجة الاسلام ثم يحج لنذره ، وقائدة انعقاد نذره لزوم الكفارة بتركه وأنه لو لم ينوه لنذره لزمه قضاؤه وعلى هذا لو وافق نذره ابعض رمضان وبعض شهر آخر إما شعبان وإما شوال لزمه صوم ما خرج عن رمضان ويتمه من رمضان ، ولو قال لله على صوم رمضان فعلى قياس قول الخرقي يصح نذره ويجزئه صيامه عن الامرين وتلزمه الكفارة ان أخل به ، وعلى قول القاضى : لا ينعقد نذره وهو مذهب الشافعى لأنه لا يصح صومه عن النذر فأشبه الليل .

ولنا : ان النذر يمين فينعقد في الواجب موجبا للكفارة كاليمين بالله تعالى .
(فصل) ونقل عن أحمد فيمن نذر ان يحج العام وعليه حجة الاسلام روايتان إحداهما : تجزئه حجة الاسلام عنها وعن نذره نقلها أبو طالب .
والثانية : ينعقد نذره موجبا لحجة غير حجة الاسلام يبدأ بحجة الاسلام ثم

يقضى نذره نقلها ابن منصور ، لأنها عبادتان تجبان بسببين مختلفين ، فلم يسقط إحداهما بالآخرى كالأخرى كالأولى . ووجه الأولى أنه نذر عبادة في وقت معين وقد أتى بها فيه فأشبهه ما لو قال الله على أن أصوم رمضان .

(فصل) فإن قال الله على أن أصوم شهر أفتوى صيام شهر رمضان لنذره ورمضان لم يجزئه لأن شهر رمضان واجب بفرض الله تعالى ونذره يقتضى إيجاب شهر فيجب شهران بسببين ولا يجزئ أحدهما عن الآخر ، كما لو نذر صوم شهرين وكما لو نذر أن يصلي ركعتين لم تجزئه صلاة الفجر عن نذره وعن صلاة الفجر .

مسألة ، قال (وإذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم يوم فطر أو أضحى لم يصمه وصام يوما مكانه وكفر كفارة يمين)

وجملته أن من نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فإن نذره صحيح ، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر لا يصح نذره ، لأنه لا يمكن صومه بعد وجود شرطه فلم يصح ، كما لو قال الله على أن أصوم اليوم الذي قبل اليوم الذي يقدم فيه .

ولنا أنه زمن صبح فيه صوم التطوع فانهقد نذره لصومه كما لو أصبح صائما تطوعا قال الله على أن أصوم يومى . وقولهم لا يمكن صومه لا يصح فإنه قد يعلم اليوم الذى يقدم فيه قبل قدومه فينوى صومه من الليل لأنه قد يجب عليه مالا يمكنه كالصبي يبلغ في أثناء يوم من رمضان ، أو الحائض تطهر فيه ، ولا نسلم ما قاسوا عليه إذا ثبتت صحته ولا يخلو من أقسام خمسة .

أحدها . أن يعلم قدومه من الليل فينوى صومه ويكون يوما يجوز فيه صوم النذر فيصبح صومه ويجزئه لأنه وفى بنذره

الثانى : أن يقدم يوم فطر أو أضحى ، فاختلقت الرواية عن أحمد في هذه المسألة ، فعنه لا يصومه ويقضى ويكفر ، نقله عن أحمد جماعة ، وهو قول أكثر أصحابنا ومذهب الحكم وحماد .

الرواية الثانية : يقضى ولا كفارة عليه وهو قول الحسن والأوزاعي وأبي عبيد

و قتادة و ابى ثور و أحد قولى الشافعى فإنه فاته الصوم الواجب بالنذر فلزمه قضاؤه كما لو تركه نسيانا ولم تلزمه كفارة ، لأن الشرع منعه من صومه فهو كالمكره .
 وعن أحمد رواية ثالثة : إن صامه صح صومه ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه وفى بما نذر ، فأشبهه ما لو نذر معصية ففعلها ويتخرج أن يكفر من غير قضاء لأنه وافق يوما صومه حرام فكان موجبه الكفارة ، كما لو نذرت المرأة صوم يوم حيضها ، ويتخرج أن لا يلزمه شيء من كفارة ولا قضاء بناء على من نذر المعصية ، وهذا قول مالك والشافعى فى أحد قوليه بناء على نذر المعصية .
 ووجه قول الخرقي . أن النذر ينعقد لأنه نذر نذرا يمكن الوفاء به غالبا فكان منعقدا كما لو وافق غير يوم العيد ، ولا يجوز أن يصوم يوم العيد لأن الشرع حرم صومه فأشبهه زمن الحيض ، ولزمه القضاء لأنه نذر منعقد وقد فاته الصيام بالعدر ولزمته الكفارة لفواته ، كما لو فاته بمرض ، وإن وافق يوم حيض أو نفاس فهو كما لو وافق يوم فطر أو أضحى إلا أنه لا يصومه بغير خلاف فى المذهب ولا بين أهل العلم .

الثالث أن يقدم فى يوم يصح صومه والناذر مفطر ففيه روايتان .
 أحدهما : يلزمه القضاء والكفارة لأنه نذر صوما نذرا صحيحا ولم يف به .
 فلزمه القضاء والكفارة كسائر المنذورات ، ويتخرج أن لا تلزمه كفارة ، وهو مذهب الشافعى لأنه ترك المنذور لعذر .

والثانية لا يلزمه شيء من قضاء ولا غيره ، وهو قول أبى يوسف وأصحاب الرأى وابن المنذر لأنه قدم فى زمن لا يصح صومه فيه فلم يلزمه شيء كما لو قدم ليلا . الرابع قدم والناذر صائم فلا يخلو من أن يكون تطوعا أو فرضا ، فإن كان تطوعا فقال القاضى يصوم بقيته ويعقده عن نذره ويجزئه ولا قضاء ولا كفارة وهو قول أبى حنيفة لأنه يمكن صوم يوم بعضه تطوع وبعضه واجب كما لو نذر فى أثناء التطوع اتمام صوم ذلك اليوم وإنما وجد سبب الوجوب فى بعضه ، وذكر القاضى احتمالا آخر أنه يلزمه القضاء والكفارة لأنه صوم واجب فلم يصح بنية من النهار كقضاء رمضان ، وذكر أبو الخطاب هذين الاحتمالين روايتين ، وعند الشافعى عليه القضاء فقط كما لو قدم وهو مفطر ويتخرج لنا مثله ، وأما أن كان

الصوم واجبا لحكمه حكم المسألة التي قبل هذه وقد ذكرناه ، وإن قدم وهو ممسك لم ينو الصيام ولم يفعل ما يفطره لحكمه حكم الصائم تطوعا .

الخامس : أن يقدم ليلا فلا شيء عليه في قولهم جميعا ، لأنه لم يقدم في اليوم ولا في وقت يصبح فيه الصيام .

(فصل) وإن قال الله على صوم يوم العيد فهذا نذر معصية على نادره الكفارة لا غير نقلها حنبل عن أحمد ، وفيه رواية أخرى أن عليه القضاء مع الكفارة كالمسألة المذكورة والأولى هي الصحيحة قاله القاضي لأن هذا نذر معصية فلم يوجب قضاء كسائر المعاصي ، وفارق المسألة التي قبلها لأنه لم يقصد بنذره المعصية وإنما وقع اتفاقا وههنا تعمدنا بالنذر فلم ينعقد نذره ويدخل في قوله عليه السلام « لا نذر في معصية » ويتخرج ألا يلزمه شيء بناء على نذر المعصية فيما تقدم ، وإن ندرت المرأة صوم يوم حيضها ونفاسها فعليها الكفارة لا غير ، ولم أعلم عن أصحابنا في هذا خلافا

« مسألة » قال (وان وافق قدومه يوما من أيام التشريق صامه في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله ، والرواية الأخرى لا يصومه ويصوم يوما مكانه ويكفر كفارة يمين) *

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في صيام أيام التشريق عن الفرض وقد ذكرنا ذلك في الصيام ، فإن قلنا يصومها عن الفرض صامها ههنا وأجزأته ، وإن قلنا لا يصومها لحكمه حكم من وافق يوم العيد وقد مضى .

(فصل) وإن قال الله على صوم يوم يقدم فلان أبدا أو قال الله على صوم يوم كل خميس أبدا لزمه ذلك في المستقبل ، فأما اليوم الذي يقدم فيه فقد مضى بيان حكمه ولا يدخل في نذره ذلك اليوم من شهر رمضان ، لأن رمضان لا يتصور انفكاكه عن دخول ذلك اليوم فيه ولا يمكنه صومه عن غير رمضان لأنه لا يقبل ذلك ، ويجوز على قول الخرق أن يدخل في نذره ويجزئه صومه لرمضان ونذره وإن وافق يوم عيد أو يوما من أيام التشريق أو يوم حيض ففيه من الاختلاف

ما قد مضى وان وجب عليه صوم شهرين عن كفارة الظهار أو نحوه صامهما عن الكفارة دون النذر لأنه متى نوى النذر في ابتدائهما انقطع التتابع فلا يقدر على التكفير فحينئذ يقضى نذره ويكفر لانه ترك صوم النذر مع إمكانه لعذر ويفارق الايام التي دخلت في رمضان فإنها لم تدخل في نذره لعدم انفكاكه عنها ، وههنا تنفك الايام عن دخول الكفارة فيها ، ولا فرق بين كون نذره قبل وجوب الكفارة أو بعدها لأن الايام التي في رمضان لا يصح صومها عن نذره ، وأيام الكفارة يصح صومها عن نذره ، وإذا نواها عن نذره انقطع التتابع وأجزأت عن المندور ؛ وان قاتته أيام كثيرة لزمت كفارة واحدة عن الجميع فإذا كفر ثم قاته شيء بعد ذلك لزمت كفارة ثانية نص عليه أحد ، فإنه قال فيمن نذر صيام أيام فرض ، فإن كان قد كفر عن الاول ثم أفطر بعد ذلك كفر كفارة أخرى ؛ وان لم يكن كفر عن الاول فكفارة واحدة ولا يكون مثل اليمين اذا حث وكفر سقطت عنه ويتخرج أنه متى كفر مرة لم تلزمه كفارة أخرى لأن النذر كاليمين ، ويشبه اليمين وإيجاب الكفارة فيه لذلك واليمين لا يوجب أكثر من كفارة فتى كفرها لم يجب بها أخرى كذلك النذر ، فعلى هذا متى قاته شيء فكفر عنه ثم قاته شيء آخر قضاه من غير كفارة لأن وجوب الكفارة الثانية لا نص فيه ولا إجماع ولا قياس ولا يمكن إيجابها بغير دليل .

(فصل) اذا نذر صوم سنة بعينها لم يدخل في نذره رمضان لأنه لا يقبل غير صوم رمضان فأشبه الليل ولا يوما العبدان ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صيامهما ولا يصح صومهما عن النذر فأشبهها رمضان . وعن أحمد فيمن نذر صوم شوال يقضى يوم الفطر ويكفر ، فعلى هذه الرواية يدخل في نذره العبدان وأيام التشريق لأنها أيام من جملة السنة والاول أصح ، وفي أيام التشريق روايتان وان نذر صوم سنة مطلقة فهل يلزمه صوم سنة متتابعة أو لا ؟ فيه روايتان .

إحداهما يلزمه لأن السنة المطلقة تنصرف الى المتتابعة فعلى هذه الرواية حكمها حكم المعينة في أنه لا يدخل فيها العبدان ولا رمضان ، وفي أيام التشريق روايتان

فإن ابتدأها من أول شهر أتم أحد عشر شهرا بالهلال الا شهر شوال فإنه يتمه بالعدد لانه لم يصم من أوله ، وان ابتدأها من أثناء شهر أتم ذلك الشهر بالعدد والباقي بالهلال على ما ذكرنا .

والرواية الثانية لا تلزمه متابعة وهو مذهب الشافعي لان المتفرقة تسمى سنة فيتناولها نذره فيلزمه اثنا عشر شهرا بالاهلة ان شاء وان شاء صامها بالعدد وان ابتدأ الشهر من أثني عشر أو ثلاثين يوما ، وإنما لزمه ههنا اثنا عشر شهرا لانه يمكن حمل النذر على سنة ليس فيها رمضان ولا الايام التي لا يجوز صيامها لحمل نذره على ما ينعقد فيه النذر بخلاف ما اذا عين السنة وهذا كمن عين سلعة بالعقد فوجد بها عيبا لم يكن له إبدالها ، ولو وصفها ثم وجدها معيبة ملك إبدالها ويتم شوال بالعدد لانه لم يبدأ من أوله ، وإن صام ذى الحجة من أوله قضى أربعة أيام تاما كان أو ناقصا لانه بدأ من أوله ، وقيل ان كان ناقصا قضى خمسة ليكمله ثلاثين لانه لم يصم الشهر كله فأشبهه شوال ، وان شرط التتابع صار حكمها حكم المعينة .

« مسأله ، قال (ومن نذر أن يصوم شهرا متتابعاً ولم يسمه فمرض في بعضه فإذا عوفي بنى وكفر كفارة يمين ، وان أحب أتى بشهر متتابع ولا كفارة عليه ، وكذلك المرأة إذا نذرت صيام شهر متتابع وحاضت فيه)

وجملته ان من نذر صياما متتابعاً غير معين ثم أفطر فيه لم يخل من حالين : أحدهما ان يفطر لعذر من حيض او مرض ونحوهما فهذا خير بين ان يتدىء الصوم ولا شيء عليه لانه أتى بالمنذور على وجهه وبين ان يبني على صيامه ويكفر لان الكفارة تلزم اتركه المنذور وان كان عاجزا بدليل ان النبي (ص) أمر أخت عقبة بن عامر بالكفارة لعجزها عن المشي ، ولان النذر كاليمين ، ولو حلف ليصوم متتابعاً ثم لم يأت به متتابعاً لزمته الكفارة ، وإنما جوز له البناء ههنا لان الفطر لعذر لا يقطع التتابع حكماً ، بدليل انه لو أفطر في صيام الشهرين المتتابعين من عذر كان له البناء فإن كان العذر يبيح الفطر كالسفر ، فهل يقطع التتابع ؟ ففيه وجهان أحدهما يقطعه لانه يفطر باختياره

والثاني لا يقطعه لانه عذر في فطر رمضان فأشبهه المرض

الثاني : أن يفطر لغير عذر فهذا يلزمه استئناف الصيام ولا كفارة عليه لأنه ترك التتابع المنذور لغير عذر مع إمكان الاتيان به فلزمه فعله كما لو نذر صوما معيناً فصام قبله وبهذا الفصل قال الشافعي : الا في الكفارة فانه لا يوجبها في المنذور وقد ذكرنا دليل وجوبها .

فصل

إذا صام شهراً من أول الهلال أجزاء ناقصة كان أو تاماً لأن ما بين الهلالين شهر ، ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الشهر تسع وعشرون » ، وإن بدأ من أثناء شهر لزمه شهر بالعدد ثلاثون يوماً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم فأكملوا ثلاثين » ، فإن صام شوال لزمه إكماله ثلاثين لأنه بدأ من أثناءه ، وإن كان ناقصاً قضى يومين ، وإن كان تاماً أتم يوماً واحداً ، وإن صام ذا الحجة أفطر يوم الأضحى وأيام التشريق ولم ينقطع تتابعه كما لو أفطرت المرأة بحيض وعليه كفارة ويقضى أربعة أيام إن كان تاماً وخمسة إن كان ناقصاً .

ويحتمل أن لا يلزمه الا الأربعة وإن كان ناقصاً لأنه بدأه من أوله فيقضى المتروك منه لا غير ، ولو صام شهراً من أول الهلال فرض فيه أياماً معلومة أو حاضت المرأة فيه ثم طهرت قبل خروجه قضى ما أفطر منه بعدته إن كان الشهر تاماً وإن كان ناقصاً فهل يلزمه الاتيان بيوم آخر ؟ على وجهين بناء على ما ذكرنا في فطر العبد وأيام التشريق .

(فصل) ومن نذر صيام شهر فهو مخير بين أن يصوم شهراً بالحلال وهو أن يبتدئه من أوله فيجزئه وبين أن يصومه بالعدد ثلاثين يوماً وهل يلزمه التتابع فيه وجهان .

أحدهما : يلزمه وهو قول أبي ثور لأن إطلاق الشهر يقتضى التتابع .

والثاني : لا يلزمه التتابع وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن لأن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى ثلاثين يوماً ولا خلاف أنه يجزئه ثلاثون يوماً فلم يلزمه التتابع كما لو نذر ثلاثين يوماً ، فأما إن نذر ثلاثين يوماً لم يلزمه التتابع فيها نص عليه أحمد .

وقد روى عن أحمد فيمن قال : لله على صيام عشرة أيام بصومها متابعة وهذا يدل على وجوب التتابع في الايام المذكورة وحمل بعض أصحابنا كلام أحمد على من شرط التتابع أو نواه لأن لفظ العشرة لا يقتضى تتابعاً والنذر لا يقتضيه ما لم يكن في لفظه أو نيته .

وقال بعضهم : كلام أحمد على ظاهره ويلزمه التتابع في نذر العشرة دون الثلاثين لأن الثلاثين شهر فلو أراد التتابع لقال شهراً فمدوله الى العدد دليل على إرادة التفريق بخلاف العشرة والصحيح أنه يلزمه التتابع فإن عدم ما يدل على التفريق ليس بدليل على إرادة التتابع فإن الله تعالى قال في قضاء رمضان (فعدة من أيام أخر) ولم يذكر تفريقها ولا تتابعها ولم يجب التتابع فيها بالاتفاق .

وقال بعض أصحابنا إن نذر اعتكاف أيام لزومه التتابع ولا يلزمه مثل ذلك في الصيام لأن الاعتكاف يتصل ببعضه ببعض من غير فصل والصوم يتخلله الليل فيفصل بعضه من بعض ولذلك لو نذر اعتكاف يومين متتابعين لدخل فيه الليل والصحيح التسوية لأن الواجب ما اقتضاه لفظه ولفظه لا يقتضى التتابع بدليل نذر الصوم وما ذكره من العرف لا أثر له ، ومن قال يلزمه التتابع لزمته الليالي التي بين أيام الاعتكاف كما لو قال متابعة .

(فصل)

إذا نذر صيام أشهر متابعة فابتدأها من أول شهر أجزاء صومها بالآهلة بلا خلاف وإن ابتدأها من أثناء شهر كمله بالعدد وباقي الأشهر بالآهلة وهذا قول مالك والشافعي وأحد الروایتين عن أبي حنيفة ، والرواية الأخرى يكمل الجميع بالعدد ، وروى ذلك عن أحمد وقد تقدم توجيه الروایتين .

« مسألة ، قال (ومن نذر أن يصوم شهراً بعينه فافطر يوماً بغير عذر ابتداء شهراً وكفر كفارة يمين)

وجملته أنه إذا نذر صوم شهر معين فافطر في أثناءه لم يخل من حاله .

أحدهما : أفطر لغير عذر فقيه روايتان .

أحدهما : يقطع صومه ويلزمه استئنافه لأنه صوم يجب متتابعاً بالنذر فأبطله

الفطر لغير عذر كما لو شرط التتابع وفارق رمضان فإن تنابعه بالشرع لا بالنذر
وههنا أوجبه على نفسه على صفة ثم فوتها فأشبهه مالمو شرطه متتابعاً .

الثانية : لا يلزمه الاستئناف إلا أن يكون قد شرط التتابع وهذا قول الشافعي
لأن وجوب التتابع ضرورة التعيين لا بالشرط فلم يبطله الفطر في أثنايه كشر
رمضان ولأن الاستئناف يجعل الصوم في الوقت الذي لم يعينه والوفاء بنذره في
غير وقته وتفويت يوم واحد لا يوجب تفويت غيره من الايام فعلى هذا يكفر
عن فطره ويقضى يوماً مكانه بعد إتمام صومه وهذا أقيدس ان شاء الله تعالى
وعلى الرواية الاولى يلزمه الاستئناف عقيب اليوم الذي أفطر فيه ولا يجوز
تأخيره لان باقى الشهر مندور ولا يجوز ترك الصوم فيه وتلزمه كفارة أيضاً
لاخلاله بصوم هذا اليوم الذى أفطره .

الحال الثانى : أفطر لعذر فإنه يبنى على ما مضى من صيامه ويقضى ويكفر
هذا قياس المذهب ، وقال أبو الخطاب فيه رواية اخرى انه لا كفارة عليه :
وهذا مذهب مالك والشافعي وابن عبيد لأن المنذور محمول على المشروع ولو
أفطر رمضان لعذر لم يلزمه شيء .

ولنا انه فات ما نذره فلزمته كفارة لقول النبي صلى الله عليه وسلم لم لاخت
عقبة بن عامر ، ولتكفر يمينها ، وفارق رمضان فإنه لو أفطر لغير عذر لم تجب
عليه كفارة إلا فى الجماع .

(فصل) فإن جن جميع الشهر المعين لم يلزمه قضاء ولا كفارة ، وقال ابو ثور
يلزمه القضاء لانه من اهل التكليف حالة نذره وقضائه فلزمه القضاء كالمغنى عليه
ولنا انه ليس من اهل التكليف فى وقت الوجوب فلم يلزمه القضاء كما لو
كان فى شهر رمضان وإن حاضت المرأة جميع الزمن المعين فعليها القضاء وفى
الكفارة وجهان ، وقال الشافعي لا كفارة عليها وفى القضاء وجهان .

احدهما : لا يلزمها النذر لأن زمن الحيض لا يمكن الصوم فيه ولا يدخل
فى النذر كزمن رمضان .

ولنا ان المنذور يحمل على المشروع ابتداء ولو حاضت فى شهر رمضان لزمها
القضاء وكذلك المنذور .

(فصل) ولو قال : لله على الحج في عامي هذا فلم يحج لعذر أو غيره فعليه القضاء والكفارة ، ويحتمل ألا كفارة عليه إذا كان معذوراً ، وقال الشافعي ان تعذر عليه الحج لعدم أحد الشرائط السبعة أو منعه منه سلطان أو عدو فلا قضاء عليه وان حدث به مرض أو أخطأ عدداً أو نسي أو تروأى قضاءه .

ولنا أنه فاته الحج المنذور فلزمه قضاؤه كما لو مرض ولأن المنذور محمول على المشروع ابتداء ولو فاته المشروع لزمه قضاؤه كذلك المنذور .

(فصل) ولو نذر صوم شهر بعينه أو الحج في عام بعينه وفعل ذلك قبله لم يجزئه وقال أبو يوسف : يجزئه كما لو حلف ليقضيه حقه في وقت فقضاه قبله .

ولنا أن المنذور محمول على المشروع ، ولو صام قبل رمضان لم يجزئه فكذلك إذا صام المنذور قبله ولأنه لم يأت بالمنذور في وقته فلم يجزئه كما لو لم يفعله أصلاً

«مسألة» قال (ومن نذر أن يصوم فمات قبل أن يأتي به صام عنه ورثته من أقاربه وكذلك كل ما كان من نذر طاعة)

يعني من نذر حجاً أو صياماً أو صدقة أو عتقاً أو اعتكافاً أو صلاة أو غيره من الطاعات ومات قبل فعله فعله الولي عنه ، وعن أحمد في الصلاة لا يصلي عن الميت لأنها لا بدل لها بحال ، وأما سائر الأعمال فيجوز أن ينوب الولي عنه فيها وليس بواجب عليه ولكن يستحب له ذلك على سبيل الصلة له والمعروف وافي بذلك ابن عباس في امرأة نذرت أن تمشي إلى قباء فماتت ولم تقضه أن تمشي ابتدأ عنها .

وروى سعيد عن سفيان عن عبد الكريم بن أبي أمية أنه سأل ابن عباس عن نذر كان على أمه من اعتكاف . قال صم عنها واعتكف عنها ، وقال حدثنا أبو الأحوص عن إبراهيم بن مهاجر عن عامر بن شعيب ان عائشة اعتكفت عن أخيها عبد الرحمن بعد ما مات ، وقال مالك : لا يمشي أحد عن أحد ولا يصلي ولا يصوم عنه وكذلك سائر أعمال البدن قياساً على الصلاة .

وقال الشافعي : يقضى عنه الحج ولا يقضى الصلاة قولاً واحداً ولا يقضى الصوم في أحد القولين ويطعم عنه لكل يوم مسكين لأن ابن عمر قال : قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم «من مات وعليه صيام شهر فليطعم عنه مكان كل يوم مسكين» أخرجه ابن ماجه .

وقال أهل الظاهر يجب القضاء على وليه بظاهر الأخبار الواردة فيه وجمهور أهل العلم على أن ذلك ليس بواجب على الولي إلا أن يكون حقا في المال ويكون للميت تركه، وأمر النبي صلى الله عليه وسلم في هذا محمول على الندب والاستحباب بدليل قرآن في الخبر ، منها أن النبي صلى الله عليه وسلم شبهه بالدين وقضاء الدين على الميت لا يجب على الوارث ما لم يخلف تركه يقضى بها ومنها أن السائل سأل النبي صلى الله عليه وسلم هل يفعل ذلك أم لا؟ وجوابه يختلف باختلاف مقتضى سؤاله فإن كان مقتضاه السؤال عن الإباحة فالأمر في جوابه يقتضى الإباحة وإن كان السؤال عن الاجزاء فأمره يقتضى الاجزاء كقولهم أنصلي في مريض الغنم؟ قال «صلوا في مريض الغنم» وإن كان سؤالهم عن الوجوب فأمره يقتضى الوجوب كقولهم أتوضأ من لحوم الأبل؟ قال : توضئوا من لحوم الأبل، وسؤال السائل في مسألتنا كان عن الاجزاء فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالفعل يقتضيه لا غير . ولنا : على جواز الصيام عن الميت ما روت عائشة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من مات وعليه صيام صام عنه وليه .

وعن ابن عباس قال « جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأصوم عنها؟ قال : رأييت لو كان على أمك دين أكنت قاضيه؟ - قال نعم - قال فدين الله أحق أن يقضى ، وفي رواية قال «جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أمي ماتت وعليها صوم أفأصوم عنها؟ قال . رأييت لو كان على أمك دين فقتضيته أكان يؤدي ذلك عنها؟ - قالت نعم - قال : فصومي عن أمك ، متفق عليهن .

وعن ابن عباس أن سعد بن عبادَةَ الأنصاري استفتى النبي صلى الله عليه وسلم في نذر كان على أمه فتوفيت قبل أن تقضيه فأفتاه أن يقضيه فكانت سنة بعد، وعنه أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إن أختي نذرت أن تحج وأنها ماتت فقال النبي صلى الله عليه وسلم «لو كان عليها دين أكنت قاضيه؟ قال نعم - قال فاقض الله فهو أحق بالقضاء» رواهما البخاري وهذا صريح في الصوم والحج ومطلق

في النذر ، وما عدا المذكور في الحديث يقاس عليه ، وحديث ابن عمر في الصوم الواجب بأصل الشرع ويتعين حمله عليه جمعا بين الحديثين ، ولو قدر التعارض لكانت أحاديثنا أصح وأكثر وأولى بالتقديم .

إذا ثبت هذا فإن الأولى أن يقضى النذر عنه وارثه ، فإن قضاء غيره أجزاء عنه ، كما لو قضى عنه دينه ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم شبهه بالدين وقاسه عليه ولأن ما يقضيه الوارث إنما هو تبرع منه وغيره مثله في التبرع ، وإن كان النذر في مال تعلق بتركته .

(فصل) ومن نذر أن يطوف على أربع فعليه طوافان ، قال ذلك ابن عباس لما روى معاوية بن خديج الكندي أنه قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه أمه كبشة بنت معدى كرب عمة الأشعث بن قيس ، فقالت يا رسول الله : إني آليت أن أطوف بالبيت حيوا ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « طوفي على رجليك سبعين ، سبعا عن يديك وسبعا عن رجليك » أخرجه الدارقطني بإسناده .

وقال ابن عباس في امرأة نذرت أن تطوف بالبيت على أربع : قال تطوف عن يديها سبعا وعن رجلها سبعا ، رواه سعيد ، والقياس أن يلزمه طواف واحد على رجله ولا يلزمه ذلك على يديه لأنه غير مشروع فيسقط ، كما أن أخت عقبة نذرت أن تحج غير مختمرة ، فأمرها النبي (ص) أن تحج وتختمر

وروى عكرمة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في سفر لحانت منه نظرة فإذا امرأة ناشرة شعرها ، فقال « مروها فلتختمر » ومر برجلين مقترنين فقال « أطلقا قرانكما » وقد ذكرنا حديث أبي إسرائيل الذي نذر أن يصوم ويفعل أشياء فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالصوم وحده ونهاه عن سائر نذوره . وهل يلزمه كفارة ؟ يخرج فيه وجهان بناء على ما تقدم . وقياس المذهب لزوم الكفارة لإخلاله بصفة نذره وإن كان غير مشروع كما لو كان أصل النذر غير مشروع

وأما وجه الأول فلأن من نذر الطواف على أربع فقد نذر الطواف على يديه ورجليه فأقيم الطواف الثاني مقام طوافه على يديه

(فصل) فإن نذر صوم الدهر لزمه ولم يدخل في نذره رمضان ولا أيام العيد والتشريق ، فإن أفطر لعذر أو غيره لم يقضه ، لأن الزم مستغرق بالصوم المنذور ولكن تلزمه كفارة لتركه . وإن لزمه قضاء من رمضان أو كفارة قدمه على النذر لأنه واجب بأصل الشرع فقدم على ما أوجبه على نفسه ، كتقديم حجة الاسلام على المنذورة ، فإذا لزمته كفارة لتركه صوم يوم أو أكثر وكانت كفارته الصيام احتمل أن لا يجب لأنه لا يمكن التكفير إلا بترك الصوم المنذور وتركه يوجب كفارة فيفضي ذلك الى التسلسل وترك المنذور بالكفاية ، ويحتمل أن تجب الكفارة ولا تجب بفعلها كفارة لان ترك النذر لعذر لا يوجب كفارة فلا يفضي الى التسلسل .

(فصل) وصيغة النذر أن يقول : لله على أن أفعل كذا ، وإن قال على نذر كذا لزمه أيضا لأنه صرح بلفظ النذر ، وإن قال : إن شغاني الله فعلى صوم شهر كان نذرا ، وإن قال لله على المشي الى بيت الله ، قال ابن عمر في الرجل يقول على المشي الى الكعبة لله ، قال هذا نذر فليمش ، ونحوه عن القاسم بن محمد ويزيد بن ابراهيم التيمي ومالك وجماعة من العلماء ، واختلف فيه عن سعيد بن المسيب والقاسم بن محمد فروى عنهما مثل قولهم .

وروى عنهما فيمن قال : على المشي الى بيت الله فليس بشيء الا أن يقول : على نذر مشي الى بيت الله

ولنا أن لفظة (على) للإيجاب على نفسه ، فإذا قال على المشي الى بيت الله فقد أوجبه على نفسه فلزمه كما لو قال : هو على نذر والله أعلم

كتاب القضاء

الأصل في القضاء ومشروعيته الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله) وقول الله تعالى (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) وقوله (وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم) وقوله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما)

وأما السنة فما روى عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا اجتمع الحاكم فأصاب فله أجران ، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر ، متفق عليه في آي وأخبار سوى ذلك كثيرة ، وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاة والحكم بين الناس .

(فصل) والقضاء من فروض الكفايات لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه فكان واجبا عليهم كالجهاد والامامة ، قال أحمد . لا بد للناس من حاكم أتذهب حقوق الناس ، وفيه فضل عظيم لمن قوى على القيام به وأداء الحق فيه ، ولذلك جعل الله فيه أجرا مع الخطأ واسقط عنه حكم الخطأ ، ولأن فيه أمرا بالمعروف ونصرة المظلوم وأداء الحق إلى مستحقه وردا للظالم عن ظلمه وإصلاحا بين الناس وتخليصا لبعضهم من بعض : وذلك من أبواب القرب ولذلك تولاه النبي (ص) والأنبياء قبله فكانوا يحكمون لأمرهم ، وبعث عليا إلى اليمن قاضيا وبعث أيضا مغازا قاضيا ، وقد روى عن ابن مسعود أنه قال : لأن أجلس قاضيا بين اثنين أحب إلى من عبادة سبعين سنة .

وعن عتبة بن عامر قال : جاء خصمان يختصمان إلى رسول الله (ص) فقال : اقض بينهما قلت أنت أولى بذلك ، قال وإن كان قلت علام أقضى ؟ قال اقض فإن أصبت فلك عشرة أجور وإن أخطأت فلك أجر واحد ، رواه سعيد في سننه (فصل) وفيه خطر عظيم ووز كبير لمن لم يؤد الحق فيه ولذلك كان السلف رحمة الله عليهم يمتنعون منه أشد الامتناع ويخشون على أنفسهم خطره

قال خاقان بن عبد الله أريد أبو قلابة على قضاء البصرة فهرب إلى اليمامة فأريد على قضائها فهرب إلى الشام فأريد على قضائها وقيل : ليس ههنا غيرك قال فانزلوا الأمر على ما قلتم فإنما مثلي مثل سباح وقع في البحر فسبح يومه فانطلق ثم سبح اليوم الثاني فمضى أيضا فلما كان اليوم الثالث فترت بداه ، وكان يقال أعلم الناس بالقضاء أشدهم له كراهة ، ولعظم خطره قال النبي صلى الله عليه وسلم : من جعل قاضياً فقد ذبح بغيره ككئين ، قال الترمذي هذا حديث حسن ، وقيل في هذا الحديث إنه لم يخرج مخرج الذم للقضاء وإنما وصفه بالمشقة فكان من وليه قد حمل على مشقة كشقة الذبح .

فصل

والناس في القضاء على ثلاثة أضرب . منهم : من لا يجوز له الدخول فيه وهو من لا يحسنه ولم تجتمع فيه شروطه فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : القضاء ثلاثة ، ذكر منهم رجلاً قضى بين الناس بحمل فهو في النار ولأن من لا يحسنه لا يقدر على العدل فيه فيأخذ الحق من مستحقه فيدفعه إلى غيره . ومنهم : من يجوز له ولا يجب عليه وهو من كان من أهل العدالة والاجتهاد ويوجد غيره مثله فله أن يلي القضاء بحكم حاله وصلاحيته ولا يجب عليه لأنه لم يتعين له .

وظاهر كلام أحمد أنه لا يستحب له الدخول فيه لما فيه من الخطر والغرر وفي تركه من السلامة ولما ورد فيه من التشديد والذم . ولأن طريقة السلف الامتناع منه والتوقي وقد أراد عثمان رضي الله عنه قولية ابن عمر القضاء فأباه^(١)

(١) في رواية ذكرها رزين عن نافع أن ابن عمر قال لعثمان لا أقضى من رجلين قال : فان أباك كان يقضى فقال : إن أبي لو أشكل عليه شيء سأله رسول الله (ص) ، ولو أشكل على رسول الله صلى الله عليه وسلم سأله جبريل عليه السلام وأنا لا أجد من أسأله وسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من عاذ بالله فاعيدوه وإنى أعوذ بالله أن تجعلاني قاضياً فأعفاه وقال : لا نجبر أحداً ، ذكره في جامع الأصول .

وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان رجلاً غاملاً لا يرجع إليه في الأحكام ولا يعرف فالأولى له توليه ليرجع إليه في الأحكام ويقوم به الحق وينتفع به المسلمون ، وإن كان مشهوراً في الناس بالعلم يرجع إليه في تعليم العلم والفتوى فالأولى الاشتغال بذلك لما فيه من النفع مع الأمن من الغرر ونحو هذا قال أصحاب الشافعي . وقالوا أيضاً إذا كان ذا حاجة وله في القضاء رزق فالأولى له الاشتغال به فيكون أولى من سائر المكاسب لأنه قرابة وطاعة ، وعلى كل حال فإنه يكره للإنسان طلبه والسمي في تحصيله لأن أنسا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعا وكل إلى نفسه ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده .

قال الترمذي هذا حديث حسن غريب ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن ابن سمرة : يا عبد الرحمن لا تسأل الأمانة فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكأت إليها وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، متفق عليه .

الثالث : من يجب عليه وهو من يصلح للقضاء ولا يوجد سواه فهذا يتعين عليه لأنه فرض كفاية لا يقدر على القيام به غيره فيتعين عليه كفيل الميت وتكفينه وقد نقل عن أحمد ما يدل على أنه لا يتعين عليه فإنه سئل هل يأثم القاضي إذا لم يوجد غيره ؟ قال لا يأثم فهذا يحتمل أنه يحمل على ظاهره في أنه لا يجب عليه لما فيه من الخطر بنفسه فلا يلزمه الإضرار بنفسه لنفع غيره ولذلك امتنع أبو قلابة منه . وقد قيل له ليس غيرك .

ويحتمل أن يحمل على من لم يمكنه القيام بالواجب لظلم السلطان أو غيره فإن أحمد قال لا بد للناس من حاكم أتذهب حقوق الناس ؟

(فصل) ويجوز للقاضي أخذ الرزق ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعي وأكثر أهل العلم .

وروى عن عمر رضي الله عنه أنه استعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقا ورزق شريحا في كل شهر مائة درهم وبعث إلى الكوفة عماراً وعثمان بن حنيف وابن مسعود ورزقهم كل يوم شاة نصفها لعمار ونصفها لابن مسعود وعثمان

وكان ابن مسعود قاضيه ومعلمهم ، وكتب إلى معاذ بن جبل وأبي عبيدة حين بعثها إلى الشام أن انظرا رجلا من صالحى من قبلكم فاستعملوهم على القضاء وأوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من مال الله .

وقال أبو الخطاب يجوز له أخذ الرزق مع الحاجة فأما مع عدمها فعلى وجهين وقال أحمد ما يهجنى أن يأخذ على القضاء أجرا وإن كان فيقدر شغله مثل وإلى البيهقي وكان ابن مسعود والحسن يكرهان الأجر على القضاء وكان مسروق وعبد الرحمن ابن القاسم بن عبد الرحمن لا يأخذان عليه أجرا وقالوا لا تأخذ أجرا على أن نعدل بين اثنين .

وقال أصحاب الشافعى إن لم يكن متعبنا جاز له أخذ الرزق عليه وإن تعين لم يجز إلا مع الحاجة ، والصحيح جواز أخذ الرزق عليه بكل حال لأن أبا بكر رضى الله عنه لما ولي الخلافة فرضوا له الرزق كل يوم درهمين ولما ذكرناه من أن عمر رزق زيدا وشريحا وابن مسعود وأمر بفرض الرزق لمن تولى من القضاء ولأن الناس حاجة إليه ولو لم يجز فرض الرزق لتعطل وضاعت الحقوق ، فأما الاستتجار عليه فلا يجوز قال عمر رضى الله عنه لا ينبغي للقاضى المسلم أن يأخذ على القضاء أجرا وهذا مذهب الشافعى ولا تعلم فيه خلافا وذلك لأنه قرينة يختص فاعله أن يكون فى أهل القرينة فأشبه الصلاة ولأنه لا يعمل الإنسان عن غيره وإنما يقع عن نفسه فأشبه الصلاة ولأنه عمل غير معلوم فإن لم يكن للقاضى رزق فقال للخصمين لا أقضى بينكما حتى تجعللا لى رزقا عليه جاز ويحتمل أن لا يجوز .

(فصل) وإذا كان الامام فى بلد فعليه أن يبعث القضاء الى الامصار غير بلده فان النبى صلى الله عليه وسلم بعث عليا قاضيا الى اليمن وبعث معاذ بن جبل الى اليمن ايضا وقال له ديم تحكم ؟ قال بكتاب الله تعالى : قال فان لم تجد : قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال فان لم تجد قال اجتهد رأيي : قال الحمد لله الذى وفق رسول الله صلى الله عليه وسلم لما يرضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وبعث عمر شريحا على قضاء الكوفة وكعب بن سوار على قضاء البصرة وكتب الى أبي عبيدة ومعاذ يأمرهما بتولية القضاء فى الشام لأن أهل كل بلد

يحتاجون إلى القاضي ولا يمكنهم المصير إلى بلد الإمام ومن أمكنه ذلك شق عليه فوجب إغناؤهم عنه .

(فصل) وإذا أراد الإمام تولية قاض فإن كان له خبرة بالناس ويعرف من يصلح للقضاء ولأه ، وإن لم يعرف ذلك سأل أهل المعرفة بالناس واسترشدهم على من يصلح وإن ذكر له رجل لا يعرفه أحضره وسأله وإن عرف عدالته والا بحث عن عدالته فإذا عرفها ولأه ويكتب له عهداً يأمره فيه بتقوى الله والتثبت في القضاء ومشاورة أهل العلم وتصفح أحوال الشهود وتأمل الشهادات وتعاهد التامى وحفظ أموالهم وأموال الوقوف وغير ذلك مما يحتاج إلى مراعاته ثم إن كان البلد الذي ولأه قضاءه بعيداً لا يستفيض إليه الخبر بما يكون في بلد الإمام أحضر شاهدين عدلين وقرأ عليهما العهد أو قرأه غيره بحضرته وأشهدهما على توليته ليضيا معه إلى بلد ولايته فيقيما له الشهادة ويقول لهما أشهدا على أني قد وليته قضاء البلد الفلاني وتقدمت إليه بما اشتمل هذا العهد عليه ، وإن كان البلد قريباً من بلد الإمام يستفيض إليه ما يجري في بلد الإمام مثل أن يكون بينهما خمسة أيام أو مادونها جاز أن يكتفى بالاستفاضة دون الشهادة لأن الولاية تثبت بالاستفاضة وبهذا قال الشافعي إلا أن عنده في ثبوت الولاية بالاستفاضة في البلد القريب وجهين .

وقال أصحاب أبي حنيفة تثبت بالاستفاضة ، ولم يفصلوا بين القريب والبعيد لأن النبي صلى الله عليه وسلم ولي علياً ومعاذا قضاء اليمن وهو بعيد من غير شهادة وولي الولاية في البلدان البعيدة وفوض إليهم الولاية والقضاء ولم يشهد ، وكذلك خلفاؤه ولم ينقل منهم الأشهاد على تولية القضاء مع بعد بلدانهم

ولنا إن القضاء لا يثبت إلا بأحد الأمرين وقد تعذرت الاستفاضة في البلد البعيد لعدم وصولها إليه فتعين الأشهاد ، ولا نسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يشهد على توليته فإن الظاهر أنه لم يبعث والياً إلا ومعه جماعة فالظاهر أنه أشهدهم وعدم نقله لا يلزم منه عدم فعله وقد قام دليله فتعين وجوده

مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله تعالى (ولا يولى قاض حتى يكون بالغاً عاقلاً مسلماً حراً عادلاً عالماً فقيهاً ورعاً)

وجملته أنه يشترط في القاضى ثلاثة شروط : أحدهما الكمال ، وهو نوعان كمال الأحكام وكمال الخلقة ، أما كمال الأحكام فيعتبر في أربعة أشياء : أن يكون بالغاً عاقلاً حراً ذكراً .

وحكى عن ابن جرير أنه لا تشترط الذكورية ، لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون قاضية في غير الحدود لأنه يجوز أن تكون شاهدة فيه .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة ، ولأن القاضى يحضره محافل الخصوم والرجال ، ويحتاج فيه إلى كمال الرأى وتمام العقل والفظنة . والمرأة ناقصة العقل قليلة الرأى ليست أهلاً للحضور في محافل الرجال ولا تقبل شهادتها ، ولو كان معها ألف امرأة مثلاً ما لم يكن معهن رجل وقد نبه الله تعالى على ضلالتهم ونسيانهم بقوله تعالى (أن تضل إحداها فتذكر إحداها الأخرى) ولا تصلح الإمامة العظمى ولا لتولية البلدان ، ولهذا لم يول النبي صلى الله عليه وسلم ولا أحد من خلفائه ولا من بعدهم امرأة قضاء ولا ولاية بلد فيما بلغنا ، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً .

وأما كمال الخلقة فأن يكون متكلاً سمياً بصيراً ، لأن الآخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس اشارته ، والأصم لا يسمع قول الخصمين والأعمى لا يعرف المدعى من المدعى عليه ، والمقر من المقر له ، والشاهد من المشهود له . وقال بعض أصحاب الشافعى : يجوز أن يكون أعمى لأن شعيباً كان أعمى ، ولهم في الآخرس الذى تفهم اشارته وجهان .

ولنا أن هذه الخواص تؤثر في الشهادة فيمنع فقدها ولاية القضاء كالسمع وهذا لأن منصب الشهادة دون منصب القضاء والشاهد يشهد في أشياء يسيرة يحتاج إليه فيها وربما أحاط بحقيقة علمها والقاضى ولايته عامة ويحكم في قضايا الناس عامة ، فإذا لم يقبل منه الشهادة فالقضاء أولى ، وما ذكرناه عن شعيب فلم نسلم فيه فإنه لم يثبت أنه كان أعمى ، ولو ثبت فيه ذلك فلا يلزم ههنا ، فإن شعيباً عليه

السلام كان من آمن معه من الناس قليلا ، وربما لا يحتاجون الى حكم بينهم لقلتهم وتناصفهم فلا يكون حجة في مسألتنا .

الشرط الثاني : العدالة فلا يجوز تولية فاسق ولا من فيه نقص يمنع الشهادة وسند ذكر ذلك في الشهادة إن شاء الله تعالى وحكى عن الاصم انه قال يجوز أن يكون القاضي فاسقا لما روى عن النبي (ص) أنه قال : سيكون بعدى أمراء يؤخرون الصلاة عن أوقاتها فصلوها لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم سبحة ، ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) فأمر بالتبين عند قول الفاسق ، ولا يجوز ان يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله ويجب التبين عند حكمه ، ولان الفاسق لا يجوز ان يكون شاهدا فثلا يكون قاضيا أولى فاما الخبر فأخبر بوقوع كونهم أمراء لا بمشروعته والنزاع في صحة توليته لا في وجودها .

الشرط الثالث : أن يكون من اهل الاجتهاد ، وبهذا قال مالك والشافعي وبعض الحنفية ، وقال بعضهم : يجوز ان يكون عاميا فيحكم بالتقليد لان الغرض منه فصل الخصائم فاذا امكنه ذلك بالتقليد جاز كما يحكم بقول المقومين .

ولنا قول الله تعالى (وأن احكم بينهم بما انزل الله) ولم يقل بالتقليد ، وقال (لتحكم بين الناس بما اراك الله) وقال (فان تنازعتم في شئ فردوه الى الله والرسول) وروى بريدة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة : رجل علم الحق ف قضى به فهو في الجنة ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار ، ورجل جار في الحكم فهو في النار ، رواه ابن ماجه والعامي يقضى على جهل ، ولان الحكم أكد من الفتيا لانه فتيا والزام ثم المفتى لا يجوز ان يكون عاميا مقلدا فالحكم أولى

فان قيل فالمفتى يجوز ان يخبر بما سمع . قلنا نعم الا انه لا يكون مفتيا في تلك الحال وانما هو مخبر فيحتاج ان يخبر عن رجل بعينه من اهل الاجتهاد فيكون معمولا بخبره لا بفتياه ، ويخالف قول المقومين لان ذلك لا يمكن الحاكم معرفته بنفسه بخلاف الحكم

اذا ثبت هذا فمن شرط الاجتهاد معرفة ستة أشياء : الكتاب والسنة والاجماع

والاختلاف والقياس ولسان العرب . أما الكتاب فيحتاج أن يعرف منه عشرة أشياء : الخاص والعام والمطلق والمقيد والمحكم والمنشأ والمجمل والمفسر والناسخ والمنسوخ في الآيات المتعلقة بالأحكام وذلك نحو خمسمائة ولا يلزمه معرفة سائر القرآن . فاما السنة فيحتاج الى معرفة ما يتعلق منها بالأحكام دون سائر الأخبار من ذكر الجنة والنار والرقائق . ويحتاج أن يعرف منها ما يعرف من الكتاب ويزيد معرفة التواتر والآحاد ، والمرسل والمتصل والمسند والمنقطع ، والصحيح والضعيف ، ويحتاج الى معرفة ما أجمع عليه وما اختلف فيه ، ومعرفة القياس وشروطه وأنواعه وكيفية استنباط الأحكام ومعرفة لسان العرب فيما يتعلق بما ذكرنا ليتعرف به استنباط الأحكام من أصناف علوم الكتاب والسنة ، وقد نص أحمد على اشتراط ذلك للفتيا . والحكم في معناه

فإن قيل هذه شروط لا تجتمع فكيف يجوز اشتراطها ؟ قلنا ليس من شرطه أن يكون محيطاً بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها ، وإنما يحتاج إلى أن يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب ، ولا أن يحيط بجميع الأخبار الواردة في هذا فقد كان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب خليفتهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ووزيرا وخير الناس بعده في حال إمامتهما يسألان عن الحكم فلا يعرفان ما فيه من السنة يسألان الناس فيخبرا ، فسئل أبو بكر عن ميراث الجدة فقال مالك في كتاب الله شيء . ولا أعلم لك في سنة رسول الله (ص) شيئاً ولكن أرجع حتى أسأل الناس ، ثم قام فقال أنشد الله من يعلم قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجدة ، فقال المغيرة بن شعبة فقال : أشهد أن رسول الله (ص) أعطاهم السدس

وسأل عمر عن إمام الصائفة فأخبره المغيرة بن شعبة أن النبي (ص) قضى فيه بغرة ، ولا يشترط معرفة المسائل التي فرعها المجتهدون في كتبهم فإن هذه فروع فرعها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد فلا تكون شرطاً له وهو سابق عليها ، وليس من شرط الاجتهاد في مسألة أن يكون مجتهداً في كل المسائل بل من عرف أدلة مسألة وما يتعلق بها فهو مجتهد فيها ، وإن جمل غيرها

كمن يعرف الفرائض وأصولها ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع، ولذلك ما من إمام إلا وقد توقف في مسائل . وقيل : من يجيب في كل مسألة فهو مجنون وإذا ترك العالم لا أدرى أصيبت مقالة .

وحكى أن مالكا سئل عن أربعين مسألة فقال في ست وثلاثين منها لا أدرى ولم يخرجها ذلك عن كونه مجتهداً ، وإنما المعتبر أصول هذه الأمور ، وهو مجموع مدون في فروع الفقه وأصوله ، فمن عرف ذلك ورزق فهمه كان مجتهداً له الفتيا وولاية الحكم إذا وليه والله أعلم .

(فصل) ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً . وقيل يشترط ذلك لعلم ما يكتبه كاتبه ولا يتمكن من اخفائه عنه .

ولنا أن رسول صلى الله عليه وسلم كان أمياً وهو سيد الحكم ، وليس من ضرورة الحاكم الكتابة فلا تعتبر شروطها ، وإن احتاج إلى ذلك جاز توليته لمن يعرفه كما أنه قد يحتاج إلى القسمة بين الناس وليس من شرطه معرفة المساحة ويحتاج إلى التقويم وليس من شرط القضاء أن يكون عالماً بقيمة الأشياء ولا معرفته بعيوب كل شيء .

(فصل) وينبغي أن يكون الحاكم قوياً من غير عنف لينا من غير ضعف لا يطمع القوى في باطله ولا يياس الضعيف من عدله ويكون حليماً متأنياً ذا فطنة وتيقظ لا يؤتى من غفلة ولا يخدع لغرة ، صحيح السمع والبصر عالماً بلغات أهل ولايته ، عفيفاً ورعاً نزهاً بعيداً عن الطمع ، صدوق اللجة ذا رأى ومشورة ، اكلامه لين إذا قرب ، وهيبه إذا أوعد ووفاء إذا وعد ، ولا يكون جباراً ولا عسوفاً فيقطع ذا الحجة عن حجته ، قال علي رضي الله عنه : لا ينبغي أن يكون القاضي قاضياً حتى تكون فيه خمس خصال . عفيف حلیم عالم بما كان قبله يستشير ذوي الألباب لا يخاف في الله لومة لائم .

وعن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال : ينبغي للقاضي أن تجتمع فيه سبع خلال إن فاتته واحدة كانت فيه وصية : العقل ، والفقه ، والورع ، والنزاهة والصرامة ، والعلم بالسنن ، والحكم ، ورواه سعيد وفيه يكون فيها حليماً عفيفاً صلباً ساعياً لا عما لا يعلم ، وفي رواية محتملاً للأئمة ولا يكون ضعيفاً مهيناً لأن ذلك

يبسط المتخاصمين إلى التهاثر والتشاتم بين يديه ، قال عمر رضي الله عنه ، لأعزلن فلانا عن القضاء ولاستعملن رجلا إذا رآه الفاجر فرقه .

(فصل) وله أن يذهر الخصم إذا التوى ويصيح عليه وإن استحق التعزير عزره بما يرى من أدب أو حبس ، وإن افتات عليه بأن يقول : حكمت على بغير الحق أو ارتشيت فله تأديبه وله أن يعفو وإن بدأ المنكر باليمين قطعها عليه وقال البينة على خصمك فإن عاد نهره فإن عاد عزره إن رأى وأمثال ذلك مما فيه إساءة الأدب فله مقابلة فاعله وله العفو .

(فصل)

وإن ولي الإمام رجلا القضاء فإن كانت ولايته في غير بلده فأراد السير إلى بلاد ولايته بحث عن قوم من أهل ذلك البلد ليسألهم عنه ويتعرف منهم ما يحتاج إلى معرفته فإن لم يجد سأل في طريقه فإن لم يجد سأل إذا دخل البلد عن أهله ومن به من العلماء والفضلاء وأهل العدالة والسير وسائر ما يحتاج إلى معرفته ؛ وإذا قرب من البلد بعث من يعلمهم بقدومه ليتلقوه ويجعل قدومه يوم الخميس إن أمكنه لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا قدم من سفر قدم يوم الخميس .

ثم يقصد الجامع فيصل في ركعتين كما كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعل إذا دخل المدينة ويسأل الله تعالى التوفيق والعصمة والمعونة وأن يجعل عمله صالحا ويجعله لوجهه خالصا ولا يجعل لأحد فيه شيئا ويفوض أمره إلى الله تعالى ويتوكل عليه ويأمر مناديه فينادي في البلد أن فلانا قدم عليكم قاضيا فاجتمعوا لقراءة عهده وقت كذا وكذا وينصرف إلى منزله الذي قد أعد له وينبغي أن يكون في وسط البلد ليتساوى أهل المدينة فيه ولا يشق على بعضهم قصده فإذا اجتمعوا أمر بعده فقرأ عليهم ليعلموا التولية ويأتوا إليه ويعد الناس يوما يجلس فيه للقضاء .

ثم ينصرف إلى منزله وأول ما يبدأ فيه من أمر الحكم أن يبعث إلى الحاكم المعزول فيأخذ منه ديوان الحكم وهو ما فيه وثائق الناس من المحاضر وهي نسخ ما ثبت عند الحاكم والسجلات نسخ ما حكم به وما كان عنده من حجج الناس ووثائقهم مودعة في ديوان الحكم وكانت عنده بحكم الولاية فإذا انتقلت الولاية

إلى غيره كان عليه تسليمها إليه فتكون مودعة عنده في ديوانه ثم يخرج في اليوم الذي وعد بالجلوس فيه إلى مجلسه على أكمل حالة وأعد لها خلياً من الغضب والجوع الشديد والعطش والفرح الشديد والحزن الكثير والهم العظيم والوجع المؤلم ومدافعة الأخبثين أو أحدهما ، والنعاس الذي يغمر القلب ليكون أجمع لقلبه وأحضر لذهنه وأبلغ في تيقظه للصواب وفطنته لموضع الرأي ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يقضى القاضى بين اثنين وهو غضبان » ، فنص على الغضب ونبه على ما في معناه من سائر ما ذكرناه ، ويسلم على من يرب به من المسلمين في طريقه ويذكر الله بقلبه ولسانه حتى يأتي مجلسه . ويستحب أن يجعله في موضع بارز للناس فسيح كالرحبة والقضاء الواسع أو الجامع ولا يكره القضاء في المساجد ، فعل ذلك شريح والحسن والشعبي ومحارب بن دثار ويحيى بن يعمر وابن أبي ليلى وابن خلد قاض لعمرو بن عبد العزيز رضى الله عنه ، وروى عن عمر وعثمان وعلى أنهم كانوا يقضون في المسجد .

وقال مالك : القضاء في المسجد من أمر الناس القديم ، وبه قال مالك وإسحاق وابن المنذر ، وقال الشافعي : يكره ذلك إلا أن يتفق خصمان عنده في المسجد ، لما روى أن عمر كتب إلى القاسم بن عبد الرحمن أن لا تقضى في المسجد لأنه تأتيك الحائض والجنب ولأن الحاكم يأتيه الذمي والحائض والجنب وتكثر غاشيته ويجرى بينهم اللفظ والتكاذب والتجاحد وربما أدى إلى السب ومالم تبين له المساجد .

ولنا إجماع الصحابة بما قدر ويناه عنهم ، وقال الشعبي : رأيت عمر وهو مستند إلى القبلة يقضى بين الناس ، وقال مالك : هو من أمر الناس القديم ولأن القضاء قرينة وطاعة وانصاف بين الناس فلم يكره في المسجد ، ولا نعلم صحة ما روي عن عمر ، وقد روى عنه خلافه .

وأما الحائض فإن عرضت لها حاجة إلى القضاء وكنت أو اتته في منزله ، والجنب يغتسل ويدخل والذمي يجوز دخوله بإذن مسلم وقد كان النبي (ص) يجلس في مسجده مع حاجة للناس إليه للحكومة والفتيا وغير ذلك من حوائجهم

وكان أصحابه يطالب بعضهم بعضاً بالحقوق في المسجد وربما رفعوا أصواتهم ، فقد روى عن كعب بن مالك أنه قال تقاضيت ابن أبي حرد دينا في المسجد حتى ارتفعت أصواتنا فخرج النبي صلى الله عليه وسلم فأشار الى أن ضع من دينك الشطر فقلت نعم يا رسول الله قال : فتم فاقضه ، وينبغي أن يكون جلوسه في وسط البلد لئلا يبعد على قاصديه ولا يتخذ حاجباً يحجب الناس عن الوصول اليه لما روى القاسم بن مخيمرة عن أبي مریم صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من ولي من أمور الناس شيئا واحتجب دون حاجتهم احتجب الله دون حاجته وفاقته وفقره ، رواه الترمذی ولان حاجبه ربما قدم المتأخر وأخر المتقدم لغرض له وربما كسرهم بحجبتهم والاستئذان لهم ولا بأس باتخاذ حاجب في غير مجلس القضاء . ويبسط له شيء ولا يجلس على التراب ولا على حصير المسجد لان ذلك يذهب بهيبته من أعين الخصوم ويجعل جلوسه مستقبل القبلة لان خير المجالس ما استقبل به القبلة وهذه الآداب المذكورة في هذا الفصل ليست شرطا في الحكم الا الخلو من الغضب وما في معناه فإن في اشتراطه روايتين .

فصل

واذا جلس الحاكم في مجلسه فأول ما ينظر فيه أمر المحبوسين لان الحبس عذاب وربما كان فيهم من لا يستحق البقاء فيه فينفذ الى حبس القاضى الذى كان قبله ثقة يكتب اسم كل محبوس وفيه حبس ؟ ولمن حبس ؟ فيحمله اليه فيأمر مناديا ينادى في البلد ثلاثة أيام ، ألا ان القاضى فلان بن فلان ينظر في أمر المحبوسين يوم كذا فمن كان له محبوس فليحضر فاذا حضر ذلك اليوم وحضر الناس ترك الرقاع التى فيها اسم المحبوسين بين يديه ومد يده اليها فما وقع في يده منها نظر الى اسم المحبوس وقال : من خعم فلان المحبوس فاذا قال خصمه أنا بعث معه ثقة الى الحبس فأخرج خصمه وحضر معه مجلس الحكم ويفعل ذلك في قدر ما يعلم أنه يتسع زمانه للنظر فيه في ذلك المجلس ولا يخرج غيرهم فاذا حضر المحبوس وخصمه لم يسأل خصمه : لم حبسته ؟ لان الظاهر أن الحاكم إنما حبسه بحق لكن يسأل المحبوس بم حبست ؟ ولا يخلو جوابه من خمسة أقسام .

أحدها : أن يقول حبسني بحق له حال أنا مليء به فيقول له الحاكم أفضه وإلا رددتك في الحبس .

الثاني : أن يقول له على دين أنا معسر به فيسأل خصمه فإن صدقه فلسه الحاكم وأطلقه ، وإن كذبه نظر في سبب الدين فإن كان شيئاً حصل له به مال كقرض أو شراء لم يقبل قوله في الاعسار إلا بينة بأن ماله تلف أو فقد أو بينة أنه معسر فيزول الأصل الذي ثبت ويكون القول قوله فيما يدعيه عليه من المال ، وإن لم يثبت له أصل مال ولم تكن لخصمه بينة بذلك فالقول قول المحبوس مع يمينه أنه معسر لأن الأصل الاعسار .

وإن شهدت لخصمه بينة بأن له مالا لم تقبل حتى تعين ذلك المال بما يتميز به فإن شهدت عليه البينة بدار معينة أو غيرها وصدقها فلا كلام ، وإن كذبها وقال ليس هذا لي وإنما هو في يدي لغيري لم يقبل إلا أن يقر به إلى واحد بعينه فإن كان الذي أقر له به حاضراً نظرت فإن كذبه في إقراره سقط وقضى من المال دينه وإن صدقه نظرت فإن كان له به بينة فهو أولى لأن له بينة وصاحب اليد يقر له به ، وإن لم تكن له بينة فقد كر القاضى أنه لا يقبل قولها ويقضى الدين منه لأن البينة شهدت لصاحب اليد بالملك فتضمنت شهادتها وجوب القضاء منه فإذا لم تقبل شهادتها في حق نفسه قبلت فيما تضمنته لأنه حق لغيره ولأنه متهم في إقراره لغيره لأنه قد يفعل ذلك ليخلص ماله ويعود إليه فتلحقه تهمة فلم تبطل البينة بقوله ، وفيه وجه آخر يثبت الإقرار وتسقط البينة لأنها تشهد بالملك لمن لا يدعيه وينكره .

الجواب الثالث : أن يقول حبسني لأن البينة شهدت على الخصمى بحق ليعتد عن حال الشهود فهذا يبنى على أصل وهو أن الحاكم هل له ذلك أو لا؟ فيه وجهان أحدهما : ليس له ذلك لأن الحبس عذاب فلا يتوجه عليه قبل ثبوت الحق عليه فعلى هذا لا يردده إلى الحبس إن صدقه خصمه في هذا .

والثاني : يجوز حبسه لأن المدعى قد أقام ما عليه وإنما بقي ما على الحاكم من البحث ولا أصحاب الشافعى وجهان كهذين فعلى هذا الوجه يردده إلى الحبس حتى

يكشف عن حال شهوده ، وان كذبه خصمه وقال بل قد عرف الحاكم عدالة شهودي وحكم عليه بالحق فالقول قوله لان الظاهر أن حبسه بحق .

الجواب الرابع : يقول حبس الحاكم بشمن كاذب أو قيمة خمر أرقته لذمى لانه كان يرى ذلك فان صدقه خصمه فذكر القاضي أنه يظلمه لأن غرم هذا ليس بواجب ، وفيه وجه آخر أن الحاكم ينفذ حكم الحاكم الاول لانه ليس له نقض حكم غيره باجتهاده ، وفيه وجه آخر أنه يتوقف ويجهل أن يصطلحا على شيء لانه لا يمكنه فعل أحد الأمرين المتقدمين وللشافعي قولان كهذين الوجهين الآخرين ، وان كذبه خصمه وقال بل حبست بحق واجب غير هذا فالقول قوله لأن الظاهر حبسه بحق .

الجواب الخامس : أن يقول حبست ظلما ولا حق على فينادى منادى الحاكم يذكر ما قاله فان حضر رجل فقال أنا خصمه فأنكره وكانت البدعي بينة كلف الجواب على ما مضى ، وان لم تكن له بينة او لم يظهر له خصم فالقول قوله مع يمينه انه لا خصم له او لا حق عليه ويحلى سبيله .

(فصل)

ثم ينظر في امر الاوصياء لانهم يكونون ناظرين في اموال اليتامى والمجانين وتفرقة الوصية بين المساكين فيقصد لهم الحاكم بالنظر لان المنظور عليه لا يمكنه المطالبة بحقه فان الصغير والمحنون لا قول لهما والمساكين لا يتعين الاخذ منهم فاذا قدم اليه الوصي فان كان الحاكم قبله نفذ وصيته لم يعزله لان الحاكم ما نفذ وصيته الا وقد عرف اهليته في الظاهر ولكن براعيه فان تغيرت حاله بفسق او ضعف اضاف اليه امينا قويا بعينه ، وان كان الاول ما نفذ وصيته نظر فيه فان كان امينا قويا اقره وان كان امينا ضعيفا ضم اليه من بعينه وان كان فاسقا عزله واقام غيره وعلى قول الخرقى يضم اليه امين ينظر عليه وان كان قد تصرف أو فرق الوصية وهو اهل للوصية نفذ تصرفه وان كان ليس بأهل وكان اهل الوصية بالغين عاقلين معينين صح الدفع اليهم لانهم قبضوا حقوقهم وان كانوا غير معينين كالفقراء والمساكين فقبه وجهان .

أحدهما عليه الضمان ، ذكره القاضى وأصحاب الشافعى لأنه ليس له التصرف
والثانى لا ضمان عليه لأنه أوصاه إلى أهله ، وكذلك إن فرق الوصية غير الموصى
إليه بتفريقها فعلى وجهين .

(فصل) ثم ينظر فى أمناء الحاكم وهم من رد اليهم الحاكم النظر فى أمر
الأطفال وتفرقة الوصايا التى لم يعين لها وصى ، فإن كانوا بحالهم أقرهم لأن الذى
قبله ولاهم ومن تغير حاله منهم عزله إن فسق وإن ضعف ضم إليه أمينا .

(فصل)

ثم ينظر فى أمر الضوال واللقطة التى تولى الحاكم حفظها فإن كانت مما يخاف
تلفه كالحيوان أو فى حفظه مؤنة كالاموال الجاقة باعها وحفظ ثمنها لأربابها ،
وان لم تكن كذلك كالأثمان حفظها لأربابها ويكتب عليها لتعرف .

مسألة ، قال (ولا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان)

لا خلاف بين أهل العلم فيما علمناه فى أن القاضى لا ينبغي له أن يقضى وهو
غضبان ، كره ذلك شريح وعمر بن عبد العزيز وأبو حنيفة والشافعى ، وكتب
أبو بكر إلى عبد الله بن أبي بكرة وهو قاض بسجستان أن لا تحكم بين اثنين وأنت
غضبان فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحكم أحد بين اثنين
وهو غضبان ، متفق عليه

وكتب عمر رضى الله عنه إلى أبي موسى إياك والغضب والقلق والضجر
والتأذى بالناس والتشكر لهم عند الخصومة ، فإذا رأيت الخصم يتعمد الظلم فأوجع
رأسه ، ولأنه إذا غضب تغير عقله ولم يستوف رأيه وفكره ؛ وفى معنى الغضب
كل ما شغل فكره من الجوع المفرط والعطش الشديد والوجع المزعج ومدافعة
أحد الأخبثين وشدة النعاس والهلم والنم والحزن والفرح ، فهذه كلها تمنع الحاكم
لأنها تمنع حضور القلب واستيفاء الفكر الذى يتوصل به إلى إصابة الحق فى الغالب
فهى فى معنى الغضب المنصوص عليه فتجرى مجراه ، فإن حكم فى الغضب
أو ما شاكه فحكى عن القاضى أنه لا ينفذ قضاؤه لأنه منهى عنه ، والنهى يقتضى
فساد المنهى عنه ، وقال فى المجرد ينفذ قضاؤه ، وهو مذهب الشافعى لما روى أن

النبي صلى الله عليه وسلم اختصم إليه الزبير ورجل من الانصار في شراج الحرة فقال النبي (ص) للزبير : اسق ثم ارسل الماء الى جارك ، فقال الانصارى : أن كان ابن عمك ، فغضب رسول الله (ص) وقال للزبير : اسق ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدر ، متفق عليه ، فحكم في حال غضبه وقيل إنما يمنع الغضب الحاكم اذا كان قبل أن يتضح له الحكم في المسألة ، فاما إن اتضح الحكم ثم عرض الغضب لم يمنعه لان الحق قد استبان قبل الغضب فلا يؤثر الغضب فيه .

«مسألة» قال (واذا نزل به الامر المشكل عليه مثله شاور فيه أهل العلم والامانة) —

وجملته أن الحاكم اذا حضرته قضية تبين له حكمها في كتاب الله تعالى أو سنة رسوله أو إجماع أو قياس جلي حكم ولم يحتاج الى رأى غيره لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين بعثه الى اليمن «بم تحكم؟ قال بكتاب الله . قال فإن لم تجد؟ قال بسنة رسول الله (ص) قال فإن لم تجد؟ قال اجتهد رأيي ولا آلو . قال الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضى رسول الله . فان احتاج الى الاجتهاد استحب له أن يشاور لقول الله تعالى (وشاورهم فى الامر) قال الحسن «ان كان رسول الله (ص) لغنيا عن مشاورتهم . وانما أراد أن يستن بذلك الحكم بعده ، وقد شاور النبي (ص) أصحابه فى أسارى بدر . وفى مصالحة الكفار يوم الخندق ، وفى لقاء الكفار يوم بدر

وروى «ما كان أحد أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله (ص) ، وشاور أبو بكر الناس فى ميراث الجدة ، وعمر فى دية الجنين وشاور الصحابة فى حد الخمر . وروى أن عمر كان يكون عنده جماعة من أصحاب رسول الله (ص) منهم عثمان وعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف اذا نزل به الامر شاورهم فيه ، ولا يخالف فى استجباب ذلك

قال أحمد : لما ولى سعد بن ابراهيم قضاء المدينة كان يجلس بين القاسم وسالم يشاورهما : وولى محارب بن دثار قضاء الكوفة فكان يجلس بين الحكم وحساد يشاورهما ، ما أحسن هذا لو كان الحكم يفعلونه ، يشاورون وينتظرون ،

ولأنه قد ينتبه بالمشاورة ويتذكر مانسيه بالمذاكرة ، ولأن الإحاطة بجميع العلوم متعذرة وقد ينتبه لإصابة الحق ومعرفة الحادثة من هو دون القاضى فكيف بمن يساويه أو يزيد عليه ؟ فقد روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه جاءته الجدتان فورت أم الأم وأسقط أم الأب ، فقال له عبد الرحمن بن سهل يا خليفة رسول الله لقد أسقطت التى لو ماتت ورثها وورثت التى لو ماتت لم يرثها ، فرجع أبو بكر فأشرك بينهما .

وروى عمر بن شبة عن الشعبي أن كعب بن سوار كان جالسا عند عمر فجاءته امرأة فقالت يا أمير المؤمنين مارأيت رجلا قط أفضل من زوجى والله انه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما فى اليوم الحار ما يفطر ، فاستغفر لها وأثنى عليها وقال متلك أثنى الخير . قال واستحيت المرأة فقامت راجعة ، فقال كعب يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها ، قال وما شكت ؟ قال شكت زوجها أشد الشكاية ، قال أو ذاك أرادت ؟ قال نعم ، قال ردوا على المرأة ، فقال : لا بأس بالحق أن تقوله إن هذا زعم أنك جئت تشكين زوجك إنه يجتنب فراشك ؟ قالت أجل إني امرأة شابة وإنى لا ابتغى ما يبتغى النساء ، فأرسل الى زوجها فجاء ، فقال لكعب اقض بينهما قال : أمير المؤمنين أحق أن يقضى بينهما ، قال عزمتم عليك لتقضين بينهما فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم ، قال فإني أرى كأنها عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن فاقضى له بثلاثة أيام بلياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة ، فقال عمر : والله ما رأيتك الأول أعجب الى من الآخر اذهب فانت قاض على البصرة .

إذا ثبت هذا فانه يشاور أهل العلم والأمانة ، لأن من ليس كذلك فلا قول له فى الحادثة ولا يسكن الى قوله . قال سفيان وليكن أهل مشورتك أهل التقوى وأهل الامانة ويشاور الموافق والمخالفين ويسألهم عن حججهم ليبين له الحق .

(فصل)

والمشاورة ههنا لاستخراج الأدلة ، ويعرف الحق بالاجتهاد ، ولا يجوز أن يقلد غيره ويحكم بقول سواه ، سواء ظهر له الحق بخالفه غيره فيه أو لم يظهر له شيء ، وسواء ضاق الوقت أو لم يضق ، وكذلك ليس للفتى بالتقليد ، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد

وقال أبو حنيفة : إذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد جاز له ترك رأيه لرأى من هو أفقه منه عنده إذا صار إليه فهو ضرب من الاجتهاد ولأنه يعتقد أنه أعرف منه بطريق الاجتهاد

ولنا أنه من أهل الاجتهاد فلم يجوز له تقليد غيره كما لو كان مثله كالمجتهدين في القبلة وما ذكره ليس بصحيح فإن من هو أفقه منه يجوز عليه الخطأ فإذا اعتقد أن ما قاله خطأ لم يجوز له أن يعمل به ، وإن كان لم يبن له الحق فلا يجوز له أن يحكم بما يجوز أن يبين له خطؤه إذا اجتهد

(فصل) قال أصحابنا : يستحب أن يحضر مجلسه أهل العلم من كل مذهب حتى إذا حدثت حادثة يفتقر إلى أن يسألهم عنها سألهم ليدكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها فإنه أسرع لاجتهاده وأقرب لصوابه ، فإن حكم باجتهاده فليس لاحد منهم أن يرد عليه وإن خالف اجتهاده لأن فيه افتياتا عليه إلا أن يحكم بما يخالف نصا أو إجماعا .

(فصل) وينبغي له أن يحضر شهوده مجلسه ليستوفي بهم الحقوق وتثبت بهم الحجج والمحاضر ، فإن كان ممن يحكم بعلمه فإن شاء أدناهم إليه وإن شاء باعدهم منه بحيث إذا احتاج إلى إشهادهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك ، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين لئلا يتر منهم مقرر ثم ينكر ويحسد فيحفظوا عليه إقراره ويشهدوا به

(فصل) وإذا اتصلت به الحادثة واستنارت الحجة لأحد الخصمين حكم وإن كان فيها لبس أمرهما بالصلح فإن أيا أخرهما إلى البيان فإن عجلها قبل البيان لم يصلح حكمه .

ومن رأى الإصلاح بين الخصمين شريحا وعبد الله بن عتبة وأبو حنيفة والشعبي والعنبري . وروى عن عمر أنه قال : ردوا الخصوم حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الصغائن . قال أبو عبيد : إنما يسهل الصلح في الأمور المشككة ، أما إذا استنارت الحجة لأحد الخصمين وتبين له موضع الظالم فليس له أن يحملهما على الصلح ، ونحوه قول عطاء واستحسنه ابن المنذر . وروى عن شريح أنه ما أصلح بين متحاكين إلا مرة واحدة

(فصل) وإذا حدثت حادثة نظر في كتاب الله فان وجدها وإلا نظر في سنة رسول الله فان لم يجدها نظر في القياس فالحقها بأشبه الأصول بها لما ذكرنا من حديث معاذ بن جبل وهو حديث يرويه عمرو بن الحارث ابن أخي المغيرة بن شعبة عن رجال من أصحاب معاذ من أهل حمص ، وعمرو والرجال مجهولون إلا أنه حديث مشهور في كتب أهل العلم رواه سعيد بن منصور والامام أحمد وغيرهما وتلقاه العلماء بالقبول، وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافق، فروى سعيد أن عمر قال لشریح أنظر ما يتبين لك في كتاب الله فلا تسأل عنه أحداً وما لا يتبين لك في كتاب الله فاتبع فيه السنة وما لم يتبين لك في السنة فاجتهد فيه رأيك . وعن ابن مسعود مثل ذلك .

«مسألة ، قال (ولا يحكم الحاكم بعلمه)

ظاهر المذهب ان الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره لافيا علمه قبل الولاية ولا بعدها . هذا قول شريح والشعبي ومالك وإسحاق وأبي عبيد ومحمد بن الحسن وهو أحد قول الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى يجوز له ذلك وهو قول أبي يوسف وأبي ثور والقول الثاني للشافعي واختيار المزي لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما قالت له هند إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من البقرة ما يكفيني وولدي قال «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف ، لحكم لها من غير بينة ولا إقرار لعلمه بصدقها .

وروى ابن عبيد البر في كتابه ان عروة ومجاهداً روىا ان رجلاً من بني مخزوم استعدى عمر ابن الخطاب على أبي سفيان بن حرب انه ظلمه حداً في موضع كذا وكذا وقال عمر إني لأعلم الناس بذلك وربما لعبت أنا وانت فيه ونحن غلمان فأتني بأبي سفيان فأتاه به فقال له عمر يا أبا سفيان انهض بنا الى موضع كذا وكذا فهضوا ونظر عمر فقال يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من ههنا فضعه ههنا فقال والله لا افعل فقال والله لتفعلن فقال والله لا افعل فعلاه بالدرة وقال خذه لا ام لك فضعه ههنا فانك ما علمت قديم الظلم ، فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعته حيث قال عمر ، ثم ان عمر استقبل القبلة فقال : اللهم لك الحمد حيث

لم تمتنى حتى غلبت أبا سفيان على رأيه وأذلتته لى بالاسلام ، قال فاستقبل القبلة
أبو سفيان وقال اللهم لك الحمد إذ لم تمتنى حتى جعلت فى قلبى من الإسلام ما أذل
به لعمر . قالوا لحكم بعلله ولأن الحاكم يحكم بالشاهدين لأنهما يغلبان على الظن
فما تحققه وقطع به كان أولى ولأنه يحكم بعلله فى تعديل الشهود وجرحهم فكذلك
فى ثبوت الحق قياسا عليه .

وقال أبو حنيفة : ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلله لأن حقوق الله
تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة ، وأما حقوق الأدميين فما عليه قبل ولايته لم
يحكم به وما عليه فى ولايته حكم به لأن ما عليه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود
قبل ولايته ، وما عليه فى ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود فى ولايته .

ولنا قول النبى (ص) : إنما أنا بشر وإنكم تختصمون الى ولى ولى بعضكم أن
يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع منه ، فدل على أنه إنما
يقضى بما يسمع لا بما يعلم ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى قضية الحضرمى
والكندى : شاهدك أو يمينه ليس لك منه إلا ذاك .

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما أنت
شاهدى فقال إن شئتها شهدت ولم أحكم أو أحكم ولا أشهد .

وذكر ابن عبد البر فى كتابه عن عائشة رضى الله عنهما : لئن النبى صلى الله
عليه وسلم بعث أبا جهم على الصدقة فلاحاه رجل فى فريضة فوقع بينهما شجاج
فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأعطاهم الارش ثم قال : إني خاطب الناس ونخبرهم
أنكم قد رضيتهم ، أرضيتهم ؟ قالوا نعم ، فصعد النبى صلى الله عليه وسلم فخطب وذكر
القصة وقال : أرضيتهم ؟ قالوا لا : فهم بهم المهاجرون فنزل النبى صلى الله عليه
وسلم فأعطاهم ثم صعد فخطب الناس ثم قال : أرضيتهم ؟ قالوا نعم ، وهذا يبين أنه
لم يأخذ بعلله .

وروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال : لو رأيت حداً على رجل
لم أجده حتى تقوم البيعة ، ولأن تجويز القضاء بعلله يفضى الى تهمة والحكم بما
أشتهى ويحيله على عليه .

فأما حديث أبي سفيان فلا حجة فيه لأنه فتيا لا حكم بدليل أن النبي (ص) أفتى في حق أبي سفيان من غير حضوره ولو كان حكما عليه لم يحكم عليه في غيبته وحديث عمر الذي روي أنه إنكاراً لمنكر رآه لا حكم بدليل أنه ما وجدت منهما دعوى وإنكار بشروطهما ودليل ذلك ما روينا عنه ، ثم لو كان حكما كان معارضنا بما روينا عنه ويفارق الحكم بالشاهدين فإنه لا يقضى إلى تهمة بخلاف مسائلنا ، وأما الجرح والتعديل فإنه يحكم فيه بعلمه بغير خلاف لأنه لو لم يحكم فيه بعلمه لتسلسل فإن المزكّين يحتاج إلى معرفة عدلتهما وجرحهما فإذا لم يعمل بعلمه احتاج كل واحد منهما إلى مزكّين ثم كل واحد منهما يحتاج إلى مزكّين فيتسلسل وما نحن فيه بخلافه .

(فصل) ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم بالبينّة والإقرار في مجلس حكمه إذا سمعه معه شاهدان فإن لم يسمعه معه أحد أو سمعه شاهد فنص أحد على أنه يحكم به ، وقال القاضي : لا يحكم به حتى يسمعه معه شاهدان لأنه حكم بعلمه .

مسألة ، قال (ولا ينقض من حكم غيره إذا رفع إليه إلا ما خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعاً)

وجملة ذلك أن الحاكم إذا رفعت إليه قضية قد قضى بها حاكم سواه فإن له خطؤه أو بان له خطأ نفسه نظرت فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع نقض حكمه وبهذا قال الشافعي وزاد إذا خالف نصاً جلياً نقضه ، وعن مالك وأبي حنيفة أنهما قالاً لا ينقض الحكم إلا إذا خالف الإجماع ثم ناقضا ذلك فقال مالك إذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه .

وقال أبو حنيفة : إذا حكم ببيع متروك التسمية أو حكم بين العبيد بالقرعة نقض حكمه ، وقال محمد بن الحسن إذا حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه ، وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة واحتجوا على أنه لا ينقض ما لم يخالف الإجماع بأنه يسوع فيه الخلاف فلم ينقض حكمه فيه كما لا نص فيه :

وحكى عن أبي ثور وداود أنه ينقض جميع ما بان له خطؤه لأن عمر (رض) كتب إلى أبي موسى لا يمنعك قضاء قصيته بالأمس ثم راجعت نفسك فيه اليوم

فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الرجوع الى الحق خير من التمادى في الباطل ولأنه خطأ فوجب الرجوع عنه كما لو خالف الاجماع، وحكى عن مالك أنه وافقهما في قضاء نفسه .

ولنا على نقضه إذا خالف نصا أو إجماعا أنه قضاء لم يصادف شرطه فوجب نقضه كما لو لم يخالف الاجماع وبيان مخالفته للشرط ان شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص بدليل خبر معاذ ولأنه اذا ترك الكتاب والسنة فقد فرط فوجب نقض حكمه كما لو خالف الإجماع أو كما لو حكم بشهادة كافرين، وما قالوه يبطل بما حكيناه عنهم ، فإن قيل أليس اذا صلى بالاجتهاد الى جهة ثم بان له الخطأ لم يعد ؟ قلنا . الفرق بينهما من ثلاثة أوجه .

أحدها : ان استقبال القبلة يسقط حال العذر في حال المسايغة والخوف من عدو أو سبع أو نحوه مع العلم ولا يجوز ترك الحق الى غيره مع العلم بحال .

الثاني : أن الصلاة من حقوق الله تعالى تدخلها المسامحة .

الثالث : أن القبلة يتكرر فيها اشتباه القبلة فيشق القضاء وههنا اذا بان له الخطأ لا يعود الاشتباه بعد ذلك .

وأما اذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصا ولا إجماعا أو خالف اجتهاده اجتهاد من قبله لم ينقضه لمخالفته لأن الصحابة رضى الله عنهم أجمعوا على ذلك فإن أبا بكر حكم في مسائل باجتهاده وخالفه عمر ولم ينقض أحكامه وعلى خالف عمر في اجتهاده فلم ينقض أحكامه وخالفهما على فلم ينقض أحكامهما فإن أبا بكر سوى بين الناس في العطاء وأعطى العبيد وخالفه عمر ففاضل بين الناس وخالفهما على فسوى بين الناس وحرّم العبيد ولم ينقض واحد منهم ما فعله من قبله وجاء أهل نجران الى على فقالوا يا أمير المؤمنين كتابك بيدك وشفاعتك بلسانك فقال ويحكم ان عمر كان رشيد الأمر وان أرد قضاء قضى به عمر ، رواه سعيد .

وروى أن عمر حكم في المشركة بإسقاط الأخوة من الأبوين ثم شرك بينهم بعد وقال تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا وقضى في الجد بقضايا مختلفة ولم يرد الأولى ولأنه يؤدي الى نقض الحكم بمثله وهذا يؤدي الى أن لا يثبت الحكم

أصلاً لأن الحاكم الثاني يخالف الذي قبله ، والثالث يخالف الثاني فلا يثبت حكم فإن قيل فقد روى أن شريحاً حكماً في ابني عم أحدهما أخ لأم أن المال للأخ فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقال علي بالعبد فجاء به فقال في أي كتاب الله وجدت ذلك ؟ فقال قال الله تعالى (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) فقال له علي قد قال الله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منها السدس) ونقض حكمه

قلنا لم يثبت عندنا أن علياً نقض حكمه ولو ثبت فيحتمل أن يكون علي رضي الله عنه اعتقد أنه خالف نص الكتاب في الآية التي ذكرها فنقض حكمه لذلك .

(فصل)

إذا تغير اجتهاده قبل الحكم فإنه يحكم بما تغير اجتهاده إليه ولا يجوز أن يحكم باجتهاده الأول لأنه إذا حكم فقد حكم بما يعتقد أنه باطل وهذا كما قلنا فيمن تغير اجتهاده في القبلة بعد ما حصل لا يعيد ، وإن كان قبل أن يصل إلى الجهة التي تغير اجتهاده إليها ولذلك إذا بان فسق الشهود قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم ولو بان بعد الحكم لم ينقضه .

(فصل) وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله لأن الظاهر صحتها وصوابها وأنه لا يولى القضاء إلا من هو من أهل الولاية فإن تتبعها نظر في الحاكم قبله فإن كان ممن يصلح للقضاء فما وافق من أحكامه الصواب أو لم يخالف كتاباً ولا سنة ولا إجماعاً لم يسف نقضه ، وإن كان مخالفاً لأحد هذه الثلاثة وكان في حق الله تعالى كالعناق والطلاق نقضه لأن له النظر في حقوق الله سبحانه ، وإن كان يتعلق بحق آدمي لم ينقضه إلا بطلب صاحبه لأن الحاكم لا يستوفي حقاً لمن لا ولاية عليه بغير مطالبته فإن طلب صاحبه ذلك نقضه ، وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء نقضت قضاياها المخالفة للصواب كلها سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا يسوغ لأن حكمه غير صحيح وقضاؤه كالقضاء لعدم شرط القضاء فيه وليس في نقض قضاياها نقض الاجتهاد بالاجتهاد لأن الأول ليس باجتهاد ولا ينقض ما وافق الصواب لعدم الفائدة في نقضه فإن الحق وصل إلى مستحقه .

وقال أبو الخطاب : تنقض قضاياه كلها ما أخطأ فيه وما أصاب وهو مذهب الشافعي ، لأن وجود قضائه كعدمه ولا أعلم فيه فائدة فإن الحق لو وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم لم يغير ذلك ، وكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه والله أعلم .

(فصل) وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته في قول جمهور العلماء ، منهم مالك والاوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة : إذا حكم الحاكم بعقد أو فسخ أو طلاق ، نفذ حكمه ظاهراً وباطناً ولو أن رجلين اتعدها الشهادة على رجل أنه طلق امرأته فقبلهما القاضي بظاهر عدالتها ، ففرق بين الزوجين ، لجاز لأحد الشاهدين نكاحها بعد قضاء عدتها وهو عالم بتعمده الكذب ، ولو أن رجلاً ادعى نكاح امرأة وهو يعلم أنه كاذب وأقام شاهدي زور فحكم الحاكم ، حلت له بذلك وصارت زوجته .

وقال ابن المنذر وقفرد أبو حنيفة فقال : لو استأجرت امرأة شاهدين شهدا لها بطلاق زوجها وهما يعلمان كذبهما وتزويرهما ، فحكم الحاكم بطلاقها ، لحل لها أن تزوج ، وحل لأحد الشاهدين نكاحها .

واحتج بما روى عن علي رضي الله عنه ، أن رجلاً ادعى على امرأة نكاحها ، فرفعها إلى علي رضي الله عنه ، فشهد له شاهدان بذلك فقضى بينهما بالزوجة فقالت : والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين ، اعقد بيننا عقداً حتى أحل له ، فقال شاهدك زوجاك ؛ فدل على أن النكاح ثبت بحكمه ، ولأن اللعان يفسخ به النكاح وإن كان أحدهما كاذباً ، فالحكم أولى .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض ، فاقض له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه ، فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار ، متفق عليه وهذا يدخل فيه ما إذا ادعى أنه اشترى منه شيئاً فحكم له ، ولأنه حكم بشهادة زور ، فلا يحل له ما كان محرماً عليه كالمال المطلق .

وأما الخبر عن علي أن صحح فلا حجة لهم فيه لأنه أضاف التزويج إلى الشاهدين

لا إلى حكمه ولم يجبها إلى التزويج لأن فيه طعنا على اليهود . فأما اللعان فإنما حصلت الفرقة به لا بصدق الزوج ، ولهذا لو قامت البينة به لم يفسخ النكاح . إذا ثبت هذا فإذا شهد على امرأة بنكاح وحكم به الحاكم ولم تكن زوجته ، فإنها لا تحل له ويلزمها في الظاهر ، وعليها أن تمتنع ما أمكنها ، فإن أكرهها عليه فالإثم عليه دونها ، وإن وطئها الرجل فقال أصحابنا وبعض الشافعية : عليه الحد لأنه وطئها وهو يعلم أنها أجنبية . وقيل لا حد عليه لأنه وطئ مختلف في حله فيكون ذلك شبهة وليس لها أن تتزوج غيره . وقال أصحاب الشافعي : تحل لزوج ثان . غير أنها ممنوعة منه في الحكم . وقال القاضي يصح النكاح

ولنا أن هذا يفضي إلى الجمع بين الوطء للراة من اثنين أحدهما يطؤها بحكم الظاهر والآخر بحكم الباطن ، وهذا فساد فلا يشرع ، ولأنها منكوحة لهذا الذي قامت له البينة في قول بعض الأئمة ، فلا يجوز تزويجها لغيره كالمتروجة بغير ولي . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى مثل مذهب أبي حنيفة في أن حكم الحاكم يزيل الفسوخ والعقود ، والأول هو المذهب

فصل

وإذا استعدى رجل على رجل إلى الحاكم ففيه روايتان : إحداهما أنه يلزمه أن يعديه ويستدعي خصمه سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم ، وسواء كان المستعدى ممن يعامل المستعدى عليه أو لا يعامله ، كالفقير يدعى على ذي ثروة وهبته ، نص على هذا في رواية الأثرم في الرجل يستعدى على الحاكم أنه يحضره ويستحلفه . وهذا اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة والشافعي ، لأن في تركه تضييعا للحقوق وإقرارا للظلم ، فإنه قد ثبت له الحق على من هو أرفع منه بغصب أو يشترى منه شيئا ولا يوفيه . أو يودعه شيئا أو يعيره إياه فلا يرده ولا تعلم بينهما معاملة ، فإذا لم يعد عليه سقط حقه ، وهذا أعظم ضررا من حضور مجلس الحاكم فإنه لا نقيصة فيه ، وقد حضر عمر وأبي عند زيد ، وحضر هو وآخر عند شريح ، وحضر علي عند شريح ، وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبيد الله والرواية الثانية : لا يستدعيه إلا أن يعلم بينهما معاملة ويتبين أن لما ادعاه أصلا ، روى ذلك عن علي (رض) وهو مذهب مالك ، لأن في اعدائه على كل

حد تبذيل أهل المروءات وإهانة لذوى الهيئات ، فانه لا يشاء أحد أن يذلهم عند
الحاكم إلا فعل ، وربما فعل هذا من لا حق له ليفتدى المدعى عليه من حضوره
بشر خصمه بطائفة من ماله ، والأولى أولى لأن ضرر تضييع الحق أعظم من
هذا . وللمستدعى عليه أن يوكل من يقوم مقامه ان كره الحضور ، وان كان
المستدعى عليه امرأة نظرت ، فان كانت برزة ، وهى التى تبرز لقضاء حوائجها ،
فحكمها حكم الرجل ، وان كانت مخدرة ، وهى التى لا تبرز لقضاء حوائجها
أمرت بالتوكيل ، فان توجهت اليمين عليها بعث الحاكم أميناً معه شاهدان
فيستحلفها بحضرتيها ، فان أقرت شهدا عليها

وذكر القاضى أن الحاكم يبعث من يقصنى بينهما وبين خصمها فى دارها ،
وهو مذهب الشافعى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « واغديا أنيس الى
امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » فبعث اليها ولم يستدعها ، واذا حضرها عندها
كان بينهما وبينهم ستر تشكك من ورائه ، فان اعترفت للمدعى انها خصمه حكم
بينهما ، وان أنكرت ذلك جرى بشاهدين من ذوى رحمها يشهدان انها المدعى
عليها ثم يحكم بينهما ، فان لم تكن له بينة التحقت بجلبابها وأخرجت من وراء
الستر لموضع الحاجة ، وما ذكرناه أولى ان شاء الله ، لأنه أستر لها ، واذا
كانت خفرة منعها الحياء من النطق بحجتها والتعبير عن نفسها سيما مع جهلها بالحجة
وقلة معرفتها بالشرع وحججه .

(فصل) ولا يخلو المستدعى عليه من أن يكون حاضرا أو غائبا ، فان كان
حاضرا فى البلد أو قريبا منه ، فان شاء الحاكم بعث مع المستدعى عونا يحضر
المدعى عليه ، وان شاء بعث معه قطعة من شمع أو طين مختوما بخاتمه ، فاذا بعث
معه ختما فعاد فذكر أنه امتنع أو كسر الختم بعث اليه عيونا ، فان امتنع انفذ
صاحب المعونة فأحضره ، فاذا حضر وشهد عليه شاهدان بالامتناع عزره ان
راى ذلك بحسب ما يراه تأديبا له ، إما بالكلام وكشف رأسه أو بالضرب أو
بالحبس ، فان اختبأ بعث الحاكم من ينادى على بابه ثلاثا انه ان لم يحضر سهر
بابه وختم عليه ويجمع امائل جيرانه ويشهدهم على اهذاره ، فان لم يحضر وسأل

المدعى أن يسمر عليه منزله ويختم عليه . وتقرر عند الحاكم أن المنزل منزله
سمره أو ختمه ، فإن لم يحضر بعث الحاكم من ينادى على بابه بحضرة شاهدى
عدل انه ان لم يحضر مع فلان أقام عنه وكيله وحكم عليه ، فإن لم يحضر أقام عنه
وكيله وسمع البيعة عليه وحكم عليه كما يحكم على الغائب ؛ وقضى حقه من ماله ان
وجد له مالا ، وهذا مذهب الشافعى وأبى يوسف وأهل البصرة ، حكاه عنهم أحمد
وان لم يجد له مالا ولم تكن للمدعى بيعة فكان أحد ينكر التهميم عليه ويشدد عليه
حتى يظهر . وقال الشافعى : ان علم له مكانا امر بالهجوم عليه فيبعث خصياناً او
غلماناً لم يبلغوا الحلم وثقات من النساء معهم ذوو عدل من الرجال فيدخل النساء
والصبيان ، فإذا حصلوا فى محن الدار دخل الرجال ويؤمر الخصيان بالتفتيش
ويتفقد النساء النساء ، فإن ظفروا به أخذوه فأحضروه ، وان استعدى على غائب
نظرت فإن كان الغائب فى غير ولاية القاضى لم يكن له ان يعدى عليه وله الحكم
عليه على ما سذكروه ان شاء الله تعالى ، وان كان فى ولايته وله فى بلده خليفة .
فان كانت له بيعة ثبت الحق عنده وكتب به الى خليفته ولم يحضره . وان لم تكن
له بيعة حاضرة نفذه الى خصمه ليخاصمه عند خليفته ، وان لم يكن له فيه خليفة
وكان فيه من يصلح للقضاء اذن له فى الحكم بينهما ، وان لم يكن فيه من يصلح
للقضاء . قيل له حرر دعواك لانه يجوز ان يكون ما يدعيه ليس بحق عنده
كالشفعة للجار ، وقيمة الكلب او خمر الذمى فلا يكافه الحضور لمالا يقضى عليه
به مع المشقة فيه بخلاف الحاضر فإنه لا مشقة فى حضوره فاذا تحررت بعث فأحضر
خصمه بعدت المسافة او قربت ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو يوسف : ان كان
يمكنه ان يحضر ويعود فيأوى الى موضعه أحضره وإلا لم يحضره ويوجد من يحكم
بينهما . وقيل ان كانت المسافة دون مسافة القصر أحضره والا فلا
ولنا انه لا بد من فصل الخصومة بين المتخاصمين فإذا لم يمكن الا بمشقة فعل ذلك
كما لو امتنع من الحضور فإنه يؤدب ويعزر ولأن الحاق المشقة به أولى من إلحاقها
بمن ينفذه الحاكم ليحكم بينهما ، وان كانت امرأة برزة لم يشترط فى سفرها هذا
محرم ، نص عليه أحمد لانه لحق آدمى وحق آدمى مبنى على الشح والضيق

فصل

وإن استعدى على الحاكم المزعول لم يعد حتى يعرف ما يدعيه فيسأله عنه صيانة للقاضي عن الامتهان ، فإن ذكر أنه يدعى عليه حقاً من دين أو غصب أعداء وحكم بينهما كغير القاضي ، وكذلك إن ادعى أنه أخذ منه رشوة على الحكم ، لأن أخذ الرشوة عليه لا يجوز فهي كالغصب ، وإن ادعى عليه الجور في الحكم وكان الدعي بينة أحضره وحكم بالبينة ، وإن لم يكن معه بينة فقيه وجهان .
أحدهما : لا يحضره لأن في إحضاره وسؤاله امتهاناً له ، وأعداء القاضي كثير وإذا فعل هذا معه لم يؤمن ألا يدخل في القضاء أحد خوفاً من عاقبته .

والثاني : يحضره لجواز أن يعترف ، فإن حضر واعترف حكم عليه ، وإن أنكر فالقول قوله من غير يمين ، لأن قول القاضي مقبول بعد العزل ، كما يقبل في ولايته ، وإن ادعى عليه أنه قتل ابنه ظلماً فهل يستحضره من غير بينة ؟ فيه وجهان فإن أحضره فاعترف حكم عليه والا فالقول قوله ، وإن ادعى أنه أخرج عينا من يده بغير حق فالقول قول الحاكم من غير يمين ويقبل قوله للمحكوم له بها على ما سذكروه إن شاء الله تعالى .

(فصل) وإن ادعى على شاهدين أنهما شهدا عليه زوراً أحضرهما ، فإن اعترفا أغرمهما ، وإن أنكرا ، وللدعي بينة على إقرارهما بذلك ، فأقامها لزمهما ذلك ، وإن أنكرا لم يستحلفا لأن إحلافهما يطرق عليهما الدعاوى في الشهادة والامتهان وربما منع ذلك إقامة الشهادة ، وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً .

«مسألة» قال (وإذا شهد عنده من لا يعرفه سأل عنه فإن عدله اثنان قبل شهادته)

وجملته أنه إذا شهد عند الحاكم شاهدان ، فإن عرفهما عدلين حكم بشهادتهما وإن عرفهما فاسقين لم يقبل قولهما ، وإن لم يعرفهما سأل عنهما لأن معرفة العدالة شرط في قبول الشهادة بجميع الحقوق ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد .
وعن أحمد رواية أخرى يحكم بشهادتهما إذا عرف إسلامهما بظاهر الحال إلا أن يقول الخصم هما فاسقان ، وهذا قول الحسن ، والمال والحد في هذا سواء لأن الظاهر من المسلمين العدالة ولهذا قال عمر (رض) «المسلمون عدول بعضهم على بعض»

وروى د أن اعرابياً جاء الى النبي (ص) فشهد برؤية الهلال فقال له النبي (ص) :
 أتشهد ألا اله الا الله ؟ فقال : نعم فقال : أتشهد أنى رسول الله ؟ قال : نعم
 فصام وأمر الناس بالصيام ، ولأن العدالة أمر خفى سببها الخوف من الله تعالى
 ودليل ذلك الإسلام فاذا وجد فليكتف به ما لم يقم على خلافه دليل ، وقال
 أبو حنيفة فى الحدود والقصاص كالرواية الاولى وفى سائر الحقوق كالثانية لان
 الحدود والقصاص مما يحتاط لها وتندرى بالشبهات بخلاف غيرها .

ولنا أن العدالة شرط فوجب العلم بها كالإسلام أو كما لو طعن الخصم فيهما
 فاما الاعرابي المسلم فانه كان من أصحاب رسول الله (ص) وقد ثبتت عدالتهم يثناه
 الله تعالى عليهم فان من ترك دينه فى زمن رسول الله (ص) ايثاراً لدين الإسلام
 وصحة رسول الله (ص) ثبتت عدالته .

وأما قول عمر : فالمراد به أن الظاهر العدالة ولا يمنع ذلك فى وجوب البحث
 ومعرفة حقيقة العدالة فقد روى عنه د أنه أتى بشاهدين فقال لهما عمر استأعرفكما
 ولا يضركما ان لم أعرفكما جيئنا بمن يعرفكما فأتيا برجل فقال له عمر تعرفهما ؟ فقال
 نعم فقال عمر صحبتهما فى السفر الذى تبين فيه جواهر الناس ، قال : لا ، قال
 عاملتهما فى الدنانير والدرام التى تقطع فيها الرحم ، قال : لا ، قال كنت جاراً لهما
 تعرف صباحهما ومساءهما ، قال : لا ، قال يا ابن اخي لست تعرفهما جيئنا بمن
 يعرفكما ، وهذا بحث يدل على انه لا يكتفى بدونه .

إذا ثبت هذا : فان الشاهد يعتبر فيه اربعة شروط : الإسلام والبلوغ والعقل
 والعدالة فليس فيها ما يخفى ويحتاج الى البحث الا العدالة فيحتاج الى البحث عنها
 لقول الله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) ولا نعلم انه مرضى حتى نعرفه او نخبر
 عنه فبأمر الحاكم يكتب اسمائهم وكنام ونسبهم ويرفعون فيها بما يتميزون به
 عن غيرهم ويكتب صنائعهم ومعاشهم وموضع مساكنهم وصلاتهم ليسأل عن
 جيرانهم واهل سوقهم ومسجدهم ومحلهم ونحلهم فيكتب اسود او ابيض او
 انزع او اغم او اشل او اكمل اقنى الانفس او افطس او رقيق الشفتين او
 غليظهما طويل او قصير او ربعة ونحو هذا ليميز ولا يقع اسم على اسم ويكتب

اسم المشهود له والمشهود عليه وقدر الحق ويكتب ذلك كله لأصحاب مسأله لكل واحد رقعة وإنما ذكرنا المشهود له لثلا يكون بينه وبين الشاهد قرابة تمنع الشهادة أو شركة وذكرنا اسم المشهود عليه ليعرف لثلا تكون بينه وبين الشاهد عداوة وذكرنا قدر الحق لأنه ربما كان ممن يرون قبوله في السير دون الكثير فتطيب نفس المزكى به إذا كان يسيراً ولا تطيب إذا كان كثيراً .

وينبغي للقاضي : أن يخفى عن كل واحد من أصحاب مسأله ما يعطى الآخر من الرقاع لثلا يتواطئوا وإن شاء الحاكم عين لصاحب مسأله من يسأله عن يعرفه من جوار الشاهد وأهل الخبرة به وإن شاء أطلق ولم يعين المستول ويكون السؤال سرّاً لثلا يكون فيه هتك المستول عنه ، وربما يخاف المستول من الشاهد أو من المشهود له أو المشهود عليه أن يخبر بما عنده أو يستحي .

وينبغي أن يكون أصحاب مسأله غير معروفين له لثلا يقصدوا بهدية أو رشوة وأن يكونوا أصحاب عفاف في الطعمة والآنفس ذوى عقول وافرة أبرياء من الشحناء والبغض لثلا يطعنوا في الشهود أو يسألوا عن الشاهد عدوه فيطعن فيه فيضيع حق المشهود له ولا يكونون من أهل الأهواء والعصبية يميلون الى من وافقهم على من خالفهم ويكونون أمناء ثقات لأن هذا موضع أمانة فإذا رجع أصحاب مسأله فأخبر إثنان بالعدالة قبل شهادته ، وإن أخبر بالجرح رد شهادته وإن أخبر أحدهما بالعدالة والآخر بالجرح بعث آخرين فإن عادا فأخبرا بالتعديل تمت بينة التعديل وسقط الجرح لأن بينته لم تتم وإن أخبرا بالجرح ثبت ورد الشهادة وإن أخبر أحدهما بالجرح والآخر بالتعديل تمت البينتان ويقدم الجرح ولا يقبل الجرح والتعديل إلا من اثنين ويقبل قول أصحاب المسائل وقيل لا يقبل إلا شهادة المستولين ويكلف اثنين منهم أن يشهدوا بالزكية والجرح عنده على شروط الشهادة في اللفظ وغيره ولا تقبل من صاحب المسألة لأن ذلك شهادة على شهادة مع حضور شهود الاصل .

ووجه القول الاول ان شهادة أصحاب المسائل شهادة استفاضة لاشهادة على شهادة فيكتفى بمن يشهد بها كسائر شهادات الاستفاضة ولأنه موضع حاجة فلا يلزم المزكى الحضور للزكية وليس للحاكم إجباره عليها فصار كالمرض والغيبة في سائر

الشهادات ، ولأننا لم نكتف بشهادة أصحاب المسائل لتعذر التزكية لأنه قد ينشئ
 ألا يكون في جيران الشاهد من يعرفه الحاكّم فلا يقبل قوله فيقوت التعديل والجرح
 (فصل) قال القاضي : ولا بد من معرفة إسلام الشاهد ويحصل ذلك بأحد
 أربعة أمور .

أحدها . أخباره عن نفسه أنه مسلم أو إتيانه بكلمة الإسلام وهي شهادة أن
 لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله لأنه لو لم يكن مسلماً صار مسلماً بذلك .
 الثاني : اعتراف المشهود عليه بإسلامه لأن ذلك حق عليه .

الثالث . خبرة الحاكّم لاتنا اكتفينا بذلك في عدالته فكذلك في إسلامه .
 الرابع : بينة تقوم به ولا بد من معرفة الحرية في موضع تعتبر فيه ويكفي في
 ذلك أحد أمور ثلاثة : بينة أو اعتراف المشهود عليه ، أو خبرة الحاكّم ، ولا يكفي
 اعتراف الشاهد لأنه لا يملك أن يصير حراً فلا يملك الاقرار به بخلاف الإسلام

(فصل)

وإذا شهد عند الحاكّم مجهول الحال فقال المشهود عليه هو عدل فقيه وجهان
 أحدهما : يلزم الحاكّم الحكم بشهادته لأن البحث عن عدالته لحق المشهود
 عليه وقد اعترف بها ولأنه إذا أقر بعدالته فقد أقر بما يوجب الحكم لخصمه عليه
 فيؤخذ بإقراره كسائر أقاريه .

والثاني : لا يجوز الحكم بشهادته لأن في الحكم بها تعديلاً له فلا يثبت بقول
 واحد ولأن اعتبار العدالة في الشاهد حق لله تعالى ولهذا لو رضى الخصم بأن
 يحكم عليه بقول فاسق لم يجز الحكم به ولأنه لا يخلو إما أن يحكم عليه مع تعديله
 أو مع انتفائه ، لا يجوز أن يقال مع تعديله لأن التعديل لا يثبت بقول الواحد
 ولا يجوز مع انتفائه تعديله لأن الحكم بشهادة غير العدل غير جائز بدليل شهادة
 من ظهر فسقه ومذهّب الشافعي مثل هذا ، فإن قلنا بالاول فلا يثبت تعديله في حق
 غير المشهود عليه ، لأنه لم توجد بينة التعديل وإنما حكم عليه لاقراره بوجود
 شروط الحكم واقراره يثبت في حقه دون غيره كما لو أقر بحق عليه وعلى غيره
 ثبت في حقه دون غيره .

« مسألة ، قال (وإن عدله اثنان وجرحه اثنان فالجراحة أولى) »

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك بنظر أيهما أعدل ؟ اللذان جرحاه أو اللذان عدلاه ؟ فيؤخذ بقول أعدلهما .

ولنا أن الجارح معه زيادة علم خفيت على المعدل فوجب تقديمه لأن التعديل يتضمن ترك الريب والمحارم والجارح مثبت لوجود ذلك والاثبات مقدم على النفي ، ولأن الجارح يقول . رأيتَه يفعل كذا والمعدل مستنده أنه لم يره يفعل ويمكن صدقهما والجمع بين قوليهما بأن يراه الجارح يفعل المعصية ولا يراه المعدل فيكون مجروحاً .

(فصل) ولا يقبل الجرح والتعديل الا من اثنين وبهذا قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وابن المنذر .

وروى عن أحمد يقبل ذلك من واحد وهو اختيار أبي بكر ، وقول أبي حنيفة لانه خبر لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فقبل من واحد كالرواية .

ولنا أنه اثبات صفة من يبنى الحماكم حكمه على صفته فاعتبر فيه العدد كالحضانة وفارق الرواية فإنها على المساهلة ولا نسلم أنها لا تفتقر الى لفظ الشهادة ويعتبر في التعديل والجرح لفظ الشهادة فيقول في التعديل أشهد أنه عدل ويكفي هذا ، وإن لم يقل على ولي ، وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول شريح وأهل العراق ومالك وبعض الشافعية ، وقال أكثرهم لا يكفي الا أن يقول عدل على ولي واختلفوا في تعليقه فقال بعضهم لئلا تكون بينهما عداوة أو قرابة ، وقال بعضهم لئلا يكون عدلاً في شيء دون شيء .

ولنا قول الله تعالى (فاشهدوا ذوى عدل منكم) فإذا شهدا أنه عدل ثبت ذلك بشهادتهما فيدخل ذلك في عموم الأمر لأنه إذا كان عدلاً لزم أن يكون له وعليه وفي حق سائر الناس وفي كل شيء فلا يحتاج الى ذكره ولا يصح ما ذكره فإن الانسان لا يكون عدلاً في شيء دون شيء ولا في حق شخص دون شخص فإنها لا توصف بهذا ولا تنفى أيضاً بقوله عدل على ولي فإن من ثبتت عدالته لم تزل بقرابة ولا عداوة وإنما ترد شهادته للثمة مع كونه عدلاً ثم إن هذا إذا

كان معلوما انتفاؤه بينهما لم يحتج إلى ذكره ولا نفيه عن نفسه كما لو شهد بالحق من عرف الحاكم عدالته لم يحتج إلى أن ينفي عن نفسه ذلك ، ولأن العداوة لا تمنع من شهادته له بالتزكية ، وإنما تمنع الشهادة عليه ، وهذا شاهد له بالتزكية والعدالة فلا حاجة به إلى نفي العداوة .

(فصل) ولا يكفي أن يقول لا أعلم منه إلا الخير وهذا مذهب الشافعي . وقال أبو يوسف : يكفي لأنه إذا كان من أهل الخبرة به ولا يعلم إلا الخير فهو عدل . ولنا أنه لم يصرح بالتعديل فلم يكن تعديلا ، كما لو قال أعلم منه خيرا . وما ذكره لا يصح ، لأن الجاهل بحال أهل الفسق لا يعلم منهم إلا الخير لأنه يعلم إسلامهم وهو خير ولا يعلم منهم غير ذلك وهم غير عدول .

(فصل)

قال أصحابنا : ولا يقبل التعديل إلا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقدمة وهذا مذهب الشافعي لخبر عمر الذي قدمناه ، ولأن عادة الناس اظهار الصالحات واسرار المفاصی ، فإذا لم يكن ذا خبرة باطنة ربما اغتر بحسن ظاهره ، وهو فاسق في الباطن ، وهذا يحتمل أن يريدوا به أن الحاكم إذا علم أن المعدل لا خبرة له لم تقبل شهادته بالتعديل كما فعل عمر (ر ض) ويحتمل أنهم أرادوا أنه لا يجوز للمعدل الشهادة بالعدالة إلا أن تكون له خبرة باطنة . فأما الحاكم إذا شهد عنده العدل بالتعديل ولم يعرف حقيقة الحال فله أن يقبل الشهادة من غير كشف وإن استكشف الحال كما فعل عمر (ر ض) فلا بأس

(فصل) ولا يسمع الجرح إلا مفسراً ويعتبر فيه اللفظ فيقول . أشهد أنني رأيته يشرب الخمر أو يعامل بالربا أو يظلم الناس بأخذ أموالهم أو ضربهم أو سمعته يقذف أو يعلم ذلك باستفاضته في الناس ولا بد من ذكر السبب وتعيينه ، وبهذا قال الشافعي وسوار ، وقال أبو حنيفة يقبل الجرح المطلق وهو أن يشهد أنه فاسق أو أنه ليس بعدل ، وعن أحمد مثله لأن التعديل يسمع مطلقا فكذلك الجرح ، ولأن التصريح بالسبب يجعل الجرح فاسقا ويوجب عليه الحد في بعض الحالات وهو أن يشهد عليه بالزنا فيفضي الجرح إلى جرح الجرح وتبطل شهادته ولا يتجرح بها المجروح .

ولنا أن الناس يختلفون في أسباب الجرح كاختلافهم في شارب النبيذ فوجب أن لا يقبل مجرد الجرح لثلاثي يجرحه بما لا يراه القاضي جرحا ولا أن الجرح ينقل عن الاصل ، فإن الاصل في المسلمين العدالة والجرح ينقل عنها فلا بد أن يعرف الناقل لثلاثي يعتقد نقله بما لا يراه الحاكم ناقلًا

وقولهم انه يفضى الى جرح الجارح وايجاب الحد عليه ، قلنا ليس كذلك لانه يمكنه التعريض من غير تصريح ، فإن قيل ففي بيان السبب هتك المجروح ، قلنا لا بد من هتك فان الشهادة عليه بالفسق هتك له ، ولكن جاز ذلك للحاجة الداعية اليه كما جازت الشهادة عليه به لإقامة الحد عليه بل ههنا أولى فان فيه دفع الظلم عن المشهود عليه وهو حق آدمى فكان أولى بالجواز ، ولا أن هتك عرضه بسببه لانه تعرض للشهادة مع ارتكابه ما يوجب جرحه فكان هو الهاتك لنفسه اذا كان فعله هو المحجوج للناس الى جرحه ، فإن صرح الجارح بقذفه بالزنا فعليه الحد ان لم يأت بتبهم أربعة شهداء ، وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي لا حد عليه اذا كان بلفظ الشهادة لانه لم يقصد ادخال المرأة عليه

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) الآية ، ولان أبا بكرة ورفيقه شهدوا على المغيرة بالزنا ولم يكمل زياد شهادته فجلدهم عمر حد القذف بمحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان اجماعا ، ويبطل ما ذكروه بما اذا شهدوا عليه لإقامة الحد عليه

(فصل) واذا اقام المدعى عليه بينة أن هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم فرد شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما ، لان الشهادة اذا ردت لفسق لم تقبل مرة ثانية .

(فصل) ولا يقبل الجرح والتعديل من النساء ، وقال ابو حنيفة : يقبل لانه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فأشبه الرواية واخبار الديات

ولنا انها شهادة فيها ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فأشبه الشهادة في القصاص ، وما ذكروه غير مسلم

(فصل) ولا يقبل الجرح من الخصم بلا خلاف بين العلماء ، فلو قال المشهود عليه هذان فاسقان أو عدوان لي أو آباء للمشهود له لم يقبل قوله لانه متهم

في قوله ويشهد بما يجر إليه نفعاً فأشبه الشهادة لنفسه . ولو قبلنا قوله لم يشأ أحد أن يبطل شهادة من شهد عليه إلا أبطاها فتضيع الحقوق وتذهب حكمة شرع البينة .

(فصل) ولا تقبل شهادة المتوسمين ، وذلك إذا حضر مسافران فشهدا عند حاكم لا يعرفهما لم تقبل شهادتهما ، وقال مالك : يقبلهما إذا رأى فيهما سيما الخير لأنه لا سبيل إلى معرفة عدالتهما في التوقف عن قبولهما فتضيع الحقوق فوجب الرجوع فيهما إلى السيماء الجميلة

ولنا أن عدالتهما مجهولة فلم يحز الحكم بشهادتهما كشاهدي الحضر ، وما ذكروه معارض بأن قبول شهادتهما يفضي إلى أن يقضى بشهادتهما بدفع الحق إلى غير مستحقه .

(فصل) قال أحمد : ينبغي للقاضي أن يسأل عن شهوده كل قليل لأن الرجل ينتقل من حال إلى حال ، وهل هذا مستحب أو واجب ؟ فيه وجهان أحدهما : مستحب لأن الأصل بقاء ما كان فلا يزول حتى يثبت الجرح والثاني : يجب البحث كلها مضت مدة يتغير الحال فيها لأن العيب يحدث ، وذلك على ما يراه الحاكم ، ولأصحاب الشافعي وجهان مثل هذين

(فصل)

وليس للحاكم أن يرتب شهوداً لا يقبل غيرهم لأن الله تعالى قال (وأشهدوا ذوى عدل منكم) ولأن فيه اضراً بالناس لأن كثيراً من الوقائع التي يحتاج إلى البينة فيها تقع عند غير المرتبين ، فمضى ادعى انسان شهادة غير المرتبين وجب على الحاكم سماع بينته والنظر في عدالة شاهديه ، ولا يجوز ردهم بكونهم من غير المرتبين ، لأن ذلك يخالف الكتاب والسنة والإجماع ، لكن له أن يرتب شهوداً يشهدهم الناس فيستغنون بإشهادهم عن تعديلهم ويستغنى الحاكم عن الكشف عن أحوالهم فيكون فيه تخفيف من وجه ويكونون أيضاً يزكون من عرفوا عدالته من غيرهم إذا شهد .

(فصل) ولا بأس أن يعظ الشاهدين . كما روى عن شريح أنه كان يقول للشاهدين إذا حضرا يا هذان ألا تريان ؟ أني لم أدعكما ولست أمتعكما أن ترجعا

وانما يقضى على هذا اثباتها وأنا متق بها فأتقيا، وفي لفظ واني بكما أقضى اليوم وبكما أتقى يوم القيامة .

وروى أبو حنيفة قال : كنت عند محارب بن دثار وهو قاضى الكوفة فجاء رجل فادعى على رجل حقاً فأذكره فأحضر المدعى شاهدين فشهدا له فقال المشهود عليه والذي به تقوم السماء والأرض لقد كذبا على في الشهادة وكان محارب بن دثار متكئاً فاستوى جالساً وقال سمعت بن عمر يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن الطير لتخفق بأجنحتها وترمى ما في حواصلها من هول يوم القيامة وإن شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار ، فإن صدقتها فائتبا وإن كذبتها فغطيا رهؤسكما وانصرفا فغطيا رهؤسها وانصرفا .

« مسألة ، قال (ويكون كاتبه عدلاً وكذلك قاسمه)

وجملته أنه يستحب للحاكم أن يتخذ كاتباً لأن النبي صلى الله عليه وسلم استكتب زيد بن ثابت وغيره ولأن الحاكم تكثر أشغاله ونظره فلا يمكنه أن يتولى الكتابة بنفسه وإن أمكنه تولى الكتابة بنفسه جاز والاستنابة فيه أولى ، ولا يجوز أن يستنيب في ذلك إلا عدلاً لأن الكتابة موضع أمانة ويستحب أن يكون فقيهاً ليعرف مواقع الألفاظ التي تتعلق بها الأحكام ويفرق بين الجائز والواجب وينبغي أن يكون وافر العقل ورعاً نزهة لئلا يستمال بالطمع ويكون مسلماً لأن الله تعالى قال (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالاً) ويروى أن أبا موسى قدم على عمر رضي الله عنه ومعه كاتب نصراني فأحضر أبو موسى شيئاً من مكتوباته عند عمر فاستحسنه وقال قل لكاتبك بجزء فيقرأ كتابه قال أنه لا يدخل المسجد، قال ولم؟ قال أنه نصراني فاتهره عمر وقال لا تأتئوهم وقد خونهم الله تعالى ولا تقر بوجههم وقد أبعدهم الله تعالى ولا تعزوهم وقد أذلهم الله تعالى ولأن الإسلام من شروط العدالة والعدالة شرط، وقال أصحاب الشافعي في اشتراط عدالته وإسلامه وجهان .

أحدهما . فشرط لما ذكرنا .

والثاني : لا تشترط لأن ما يكتبه لا بد من وقوف القاضي عليه فتؤمن الحياة فيه ويستحب أن يكون جيد الخط لأنه أكمل وأن يكون حراً ليخرج من الخلاف ، وإن كان عبداً جاز لأن شهادة العبد جائزة ويكون القاسم على الصفة التي ذكرنا في الكاتب ولا بد من كونه حاسباً لأنه عمله وبه يقسم فهو كالخط للكاتب والفقهاء للحاكم ؛ ويستحب للحاكم أن يجلس كاتبه بين يديه لي شاهد ما يكتبه ، ويشافه بما يملى عليه ، وإن قعد ناحية جاز لأن المقصود يحصل فإن ما يكتبه يعرض على الحاكم فيستبرئه .

(فصل) وإذا ترفع إلى الحاكم خصمان فأقر أحدهما لصاحبه فقال المقر له للحاكم أشهد لي على إقراره شاهدين لزمه ذلك لأن الحاكم لا يحكم بعلمه فربما جحد المقر فلا يمكنه الحكم عليه بعلمه ولو كان يحكم بعلمه احتمل أن ينسى فإن الإنسان عرضة النسيان فلا يمكنه الحكم بإقراره ، وإن ثبت عنده حق بنكول المدعى عليه أو يمين المدعى بعد النكول فسأله المدعى أن يشهد على نفسه لزمه لأنه لا حجة للمدعى سوى الأشهاد وإن ثبتت عنده بينة فسأله الأشهاد ففيه وجهان أحدهما لا يلزمه لأن بالحق بينة فلا يجب جعل بينة أخرى .

والثاني : يجب لأن في الأشهاد فائدة جديدة وهي إثبات تعديل بينته وإلزام خصمه ، وإن حلف المنكر وسأل الحاكم الأشهاد على براءته لزمه ليكون حجة له في سقوط المطالبة مرة أخرى وفي جميع ذلك إذا سأله أن يكتب له محضراً بما جرى ففيه وجهان .

أحدهما : يلزمه ذلك لأنه وثيقة له فهو كالأشهاد لأن الشاهدين ربما نسيا الشهادة أو نسيا الخصمين فلا يذكرهما إلا ذوى خطيئتهما

والثاني : لا يلزمه لأن الإشهاد بكفيه والاول اصح لأن الشهود تكثر عليها الشهادات ويطول عليهم الأمد فالظاهر أنهما لا يتحققان الشهادة تحقفاً يحصل به أداؤها فلا يتقيد إلا بالكتاب ، فإن اختار أن يكتب له محضراً فصفته : حضر القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي عبد الله الامام فلان على كذا وكذا

وان كان خليفة القاضى قال خليفة القاضى فلان بن فلان الفلانى عبد الله قاضى الامام بمجلس حكمه وقضائه فإن كان يعرف المدعى والمدعى عليه بأسمائهما وأنسابهما قال فلان بن فلان الفلانى وأحضر معه فلان بن فلان الفلانى ويرفع فى نسبهما حتى يتميز ويستحب ذكر حليتهما وان أخل به جاز لأن ذكر نسبهما إذا رفع فيه أغنى عن ذكر الحلية .

وإن كان الحاكم لا يعرف الخصمين قال : مدع ذكر أنه فلان بن فلان الفلانى وأحضر معه مدعى عليه ذكر أنه فلان بن فلان الفلانى ويرفع فى نسبهما ويذكر حليتهما لأن الاعتماد عليهما فربما استعار النسب ويقول اغم أو انزع ويذكر صفة العينين والاذن والفم والحاجبين واللون والطول والقصر ما ادعى عليه كذا وكذا فأقر له ولا يحتاج أن يقول بمجلس حكمه لأن الاقرار يصح فى غير مجلس الحكم وان كتب أنه شهد على إقراره شاهدان كان أو كد .

ويكتب الحاكم على رأس المحضر الحمد لله رب العالمين أو ما أحب من ذلك فاما إن أنكر المدعى عليه وشهدت عليه بيته قال : فادعى عليه كذا وكذا فأنكر فسأل الحاكم المدعى ألك بيته فأحضرها وسأل الحاكم سمعها ففعل وسأله أن يكتب له محضراً بما جرى فأجاب به إليه وذلك فى وقت كذا ، ويحتاج ههنا أن يذكر بمجلس حكمه وقضائه بخلاف الاقرار لأن البيته لا تسمع إلا فى مجلس الحكم والاقرار بخلافه ويكتب الحاكم فى آخر المحضر شهداً عندى بذلك فإن كان مع المدعى كتاب فيه خط الشاهد كتب تحت خطوطهما أو تحت خط كل واحد منهما شهد عندى بذلك ويكتب علامته فى رأس المحضر وإن اقتصر على ذلك دون المحضر جاز .

فأما إن لم تكن للمدعى بيته فاستحلف المنكر ثم سأل المنكر الحاكم محضراً لئلا يحلف فى ذلك ثانياً كتب له مثل ما تقدم الا أنه يقول : فأنكر فسأل الحاكم المدعى ألك بيته فلم تكن له بيته فقال لك يمينه فسأله أن يستحلفه فاستحلفه فى مجلس حكمه وقضائه فى وقت كذا وكذا ولا بد من ذكر تحليفه لأن الاستحلاف لا يكون إلا فى مجلس الحكم ويعلم فى أوله خاصة ، وإن نكل المدعى عليه عن

اليمين قال : فعرض اليمين على المدعى عليه فشكل عنها فسأل خصمه الحاكم أن يقضى عليه بالحق فتقضى عليه في وقت كذا ويعلم في آخره ويذكر أن ذلك في مجلس حكمه وقضائه . فهذه صفة المحضر

فأما إن سأل صاحب الحق الحاكم أن يحكم له بما ثبت في المحضر لزمه أن يحكم له به وينفذه فيقول : حكمت له به ألزمته الحق أنفذت الحكم به فإن طلبه أن يشهد له على حكمه لزمه ذلك لتحصل له الوثيقة به فإن طالبه أن يسجل له به وهو أن يكتب في المحضر ويشهد على إنفاذه سجل له وفي وجوب ذلك الوجهان المذكوران في المحضر . وهذه صورة السجل

بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أشهد عليه القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي عبد الله الامام على كذا وكذا في مجلس حكمه وقضائه في موضع كذا وكذا في وقت كذا وكذا أنه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان ونسبهما وقد عرفهما بما ساع له به قبول شهادتهما عنده بما في كتاب نسخه وينسخ الكتاب إن كان معه أو المحضر في أي حكم كان فإذا فرغ منه قال بعد ذلك لحكم به فأنفذه وأمضاه بعد أن سأل فلان بن فلان أن يحكم له به ولا يحتاج أن يذكر أنه بمحضر المدعى عليه لأن القضاء على الغائب جائز فإن أراد أن يذكره احتياطا قال بعد أن حضره من ساع له الدعوى عليه ويكتب الحاكم بالسجل والمحضر نسختين .

إحداهما : تكون في يد صاحب الحق .

والأخرى : تكون في ديوان الحكم فإن هلكت إحداهما نابت الأخرى عنها ويختتم الذي في ديوان الحكم ويكتب على طيه سجل فلان بن فلان أو محضر فلان ابن فلان أو وثيقة فلان بن فلان فإن كثر ما عنده جمع ما يجتمع في كل يوم أو أسبوع أو شهر على قدر كثرتها وقلتها وشدها أضعافا ويكتب عليها أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا ثم يضم ما يجتمع في السنة ويدعها ناحية ويكتب عليها كتب سنة كذا حتى إذا حضر من يطلب شيئا منها سأل عن السنة فيخرج كتب تلك السنة ويسهل ، وينبغي أن يتولى جمعها وشدها بنفسه لئلا يزور عليه فإن تولى ذلك ثقة من ثقاته جاز .

فصل

وينبغي أن يجعل من بيت المال شيء برسم الكاغد الذي يكتب فيه المحاضر والسجلات لأنه من المصالح فإنه يحفظ به الوثائق ويذكر الحاكم حكمه والشاهد شهادته ويرجع بالدرك على من رجع عليه فإن أعوز ذلك لم يلزم الحاكم ذلك ويقول لصاحب الحق إن شئت جئت بكاغد أكتب لك فيه فانه حجة لك ولست أكرهك عليه .

(فصل) وإذا ارتفع اليه خصمان فذكر أحدهما أن حجته في ديوان الحكم فأخرجها الحاكم من ديوانه فوجدها مكتوبة بخطه تحت ختمه وفيها حكمه فان ذكر ذلك حكم به وإن لم يذكره لم يحكم به نص عليه أحمد في الشهادة قاله بعض أصحابنا ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ومحمد بن الحسن ، وعن أحمد (رض) أنه يحكم به ، وبه قال ابن أبي ليلى وهذا الذي رأيت عن أحمد في الشهادة لأنه إذا كان في قطره تحت ختمه لم يحتمل أن يكون إلا صحيحا .
ووجه الأولى أنه حكم الحاكم لم يعلم فلم يحز إنفاذه إلا بينة كحكم غيره ولأنه يجوز أن يزور عليه وعلى ختمه والخط يشبه الخط .

فان قيل : فلو وجد في دفتر أبيه حقا على انسان جاز له أن يدعيه ويحلف عليه . قلنا : هذا يخالف الحكم والشهادة بدليل الاجماع على أنه لو وجد بخط أبيه شهادة لم يحز له أن يحكم بها ولا يشهد بها ولو وجد حكم أبيه مكتوبا بخطه لم يحز له إنفاذه ولأنه يمكن الرجوع فيما حكم به عليه الى نفسه ، لأنه فعل نفسه فروعى ذلك ، وأما ما كتبه أبوه فلا يمكن الرجوع فيما حكم به الى نفسه فيكفي فيه الظن .

(فصل) فان ادعى رجل على الحاكم أنك حكمت لي بهذا الحق على خصمي فذكر الحاكم حكمه أمضاء والزم خصمه ما حكم به عليه وليس هذا حكما بالعلم إنما هو أمضاء لحكمه السابق وان لم يذكره القاضي فشهد عنده شاهدان على حكمه لزمه قبولها وأمضاء القضاء ؛ وبه قال ابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن ،

قال القاضى هذا قياس قول أحمد لأنه قال يرجع الامام الى قول اثنين فصاعداً من المأمومين . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعى لا يقبل لأنه يمكن الرجوع إلى الاحاطة والعلم فلا يرجع الى الظن كالشاهد إذا نسي شهادته فشهد عنده شاهدان أنه شهد لم يكن له أن يشهد .

ولنا أنهما لو شهدا عنده بحكم غيره قبل فكذلك إذا شهدا عنده بحكم نفسه ولأنهما شهدا بحكم حاكم وما ذكروه لا يصح لأن ذكر مانسيه ليس اليه ويخالف الشاهد لأن الحاكم يمضى ما حكم به إذا ثبت عنده والشاهد لا يقدر على إمضاء شهادته وإنما يمضيها الحاكم .

« مسألة ، قال (ولا يقبل هدية من لم يكن يهدى اليه قبل ولايته) »

وذلك لأن الهدية يقصد بها في الغالب استمالة قلبه ليعتنى به في الحكم فتشبه الرشوة : قال مسروق : إذا قبل القاضى الهدية أكل السحت ، وإذا قبل الرشوة بلغت به الكفر .

وقد روى أبو حميد الساعدى قال « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً من الأزد يقال له ابن اللثبية على الصدقة فقال هذا لكم وهذا أهدي الى مقام النبى صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال العامل نبعثه فيجىء فيقول هذا لكم وهذا أهدي الى ألا تجلس فى بيت أمه فينظر أهدي اليه أم لا والذي نفس محمد بيده لا نبعث أحداً منكم فيأخذ شيئاً الا جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة ان كان بعيراً له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة تيعر فرفع يديه حتى رأيت عفرة أبطيه فقال : اللهم هل بلغت ، ثلاثاً ؟ ، متفق عليه ، ولأن حدوث الهدية عند حدوث الولاية يدل على أنها من أجلها ليتوسل بها الى ميل الحاكم معه على خصمه فلم يحز قبولها منه كالرشوة .

فأما ان كان يهدى اليه قبل ولايته جاز قبولها منه بعد الولاية لأنها لم تكن من أجل الولاية لوجود سببها قبل الولاية بدليل وجودها قبلها .

قال القاضى ويستحب له التنزه عنها ، وإن أحس أنه يقدمها بين يدى خصومه أو فعلها حال الحكومة حرم أخذها في هذه الحال لأنها كالرشوة وهذا كاه مذهب

الشافعي ، وروى عن أبي حنيفة وأصحابه أن قبول الهدية مكروه غير محرم ، وفيما ذكرنا دلالة على التحريم .

(فصل) فأما الرشوة في الحكم ورشوة العامل فحرام بلا خلاف قال الله تعالى (أ كالون للسحت) قال الحسن وسعيد بن جبير في تفسيره هو الرشوة ، وقال إذا قبل القاضى الرشوة بلغت به الى الكفر .

وروى عبد الله بن عمر قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشى ، قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح ورواه أبو هريرة وزاده في الحكم ، ورواه أبو بكر في زاد المسافر وزاد في الرائي ، وهو السفير بينهما ولأن المرتشى إنما يرتشى ليحكم بغير الحق أو ليوافق الحكم عنه وذلك من أعظم الظلم . قال مسروق سألت ابن مسعود عن السحت أهو الرشوة في الحكم ؟ قال لا (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون — والظالمون — والفاسقون) ولكن السحت أن يستعينك الرجل على مظلة فيهدى لك فلا تقبل .

وقال قتادة قال كعب الرشوة تسفه الحليم وتعمى عين الحكيم ، فأما الراشى فإن رشاه ليحكم له بباطل أو يدفع عنه حقا فهو ملعون ، وإن رشاه ليدفع ظلمه ويجزيه على واجبه فقد قال عطاء وجابر بن زيد والحسن لا بأس أن يصانع عن نفسه . قال جابر بن زيد ما رأينا في زمن زياد أنفع لنا من الرشا ولأنه يستنقذ ماله كما يستنقذ الرجل أسيره فإن ارتشى الحاكم أو قبل هدية ليس له قبولها ، فعليه ردها الى أربابها ، لأنه أخذها بغير حق فأشبه المأخوذ بعقد فاسد ، ويحتمل أن يجعلها في بيت المال لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر ابن اللثبية بردها الى أربابها ، وقد قال أحمد : إذا أهدى البطريق اصحاب الجيش عينا أو فضة لم تكن له دون سائر الجيش قال أبو بكر : يكونون فيه سواء .

(فصل) ولا ينبغي للقاضى ان يتولى البيع والشراء بنفسه لما روى أبو الاسود المالكى عن ابيه عن جده : ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما عدل وال اتجر في رعيته ابدأ ، ولأنه يعرف فيحاجي فيه كون كالهديّة ولأن ذلك يشغله عن النظر في امور الناس .

وقد روى عن أبي بكر الصديق رضى الله عنه أنه لما بوىع أخذ الذراع وقصد السوق ، فقالوا يا خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يسمعك أن تشتغل عن أمور المسلمين ، قال فإني لا أدع عيالي يضيعون ، قالوا فمتن نفرض لك ما يكفيك فقرضوا له كل يوم درهمين فإن باع واشترى صبح البيع ، لأن البيع تم بشروطه وأركانه ، وإن احتاج إلى مباشرته ولم يكن له من يكفيه جاز ذلك ولم يكره لأن أبا بكر رضى الله عنه قصد السوق ليتجر فيه حتى فرضوا له ما يكفيه ، ولأن القيام بعياله فرض عين فلا يتركه لوهم مضرة .

وأما إذا استغنى عن مباشرته ووجد من يكفيه ذلك كره له لما ذكرناه من المعنيين ، وينبغي أن يوكل في ذلك من لا يعرف أنه وكيله لئلا يحابي . وهذا مذهب الشافعى .

وحكى عن أبي حنيفة أنه قال : لا يكره له البيع والشراء وتوكيل من يعرف لما ذكرنا من قضية أبي بكر رضى الله عنه

ولنا ما ذكرناه وروى عن شريح أنه قال : شرط على عمر حين ولانى القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع ، ولا أرتشى ولا أفضى وأنا غضبان ، وقضية أبي بكر حجة لنا ، فإن الصحابة أنكروا عليه فاعتذر بحفظ عياله عن الضياع فلما أغنوه عن البيع والشراء بما فرضوا لهم قبل قوالهم وترك التجارة ، لحصل الاتفاق منهم على تركها عند الغنى عنها

(فصل) ويجوز للحاكم حضور الولاة لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحضرها ويأمر بحضورها وقال : من لم يجب فقد عصى الله ورسوله ، فإن كثرت وازدحمت تركها كلها ولم يجب أحداً ، لأن ذلك يشغله عن الحكم الذى قد تعين عليه ، لكنه يعتذر اليهم ويسألهم التحليل ، ولا يجيب بعضها دون بعض لأن في ذلك كسراً لقلب من لم يجبه إلا أن يختص بعضها بعذر يمنعه دون بعض ، مثل أن يكون في إحداها منكر أو تكون في مكان بعيد أو يشتغل بها زمناً طويلاً والآخرى بخلاف ذلك فله الإجابة إليها دون الأولى ، لأن عذره ظاهر في التخلف عن الأولى .

(فصل)

وله عيادة المرضى وشهود الجنائز وإتيان مقدم الغائب وزيارة إخوانه والصالحين من الناس لأنه قرابة وطاعة ، وإن كثر ذلك فليس له الاشتغال به عن الحكم لأن هذا تبرع فلا يشتغل به عن الفرض ، وله حضور البعض دون البعض لأن هذا يفعله لتفقد نفسه لتحصيل الأجر والقربة له ، والولا تم يراعى فيها حق الداعى فينكسر قلب من لم يجبه إذا أجاب غيره

« مسألة ، قال (ويعدل بين الخصمين في الدخول عليه والمجلس والخطاب)

وجملته أن على القاضى العدل بين الخصمين فى كل شىء من المجلس والخطاب واللا حظ واللفظ والدخول عليه والانصات اليهما والاستماع منهما ، وهذا قول شريح وأبى حنيفة والشافعى ولا أعلم فيه مخالفا

وقد روى عمر بن شبة فى كتاب قضاة البصرة بإسناده عن أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من بلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم فى لفظه وإشارته ومقعده ولا يرفع صوته على أحد الخصمين مالا يرفعه على الآخر ، وفى رواية « فليسوّ بينهم فى النظر والمجلس والإشارة ،

وكتب عمر رضى الله عنه الى أبى « سوّ بين الناس فى مجلسك وعدلك حتى لا يباس الضعيف من عدلك ولا يطمع شريف فى حيفك ، وقال سعيد حدثنا هشيم ثنا سيار ثنا الشعبي قال : كان بين عمر بن الخطاب (رضى) وأبى بن كعب بدار فى شىء فجعلا بينهما زيد بن ثابت فأتياه فى منزله ، فقال له عمر أتيناك لتحكم بيننا فى بينة تؤتى الحاكّم ، فوسع له زيد عن صدر فراشه ، فقال ههنا يا أمير المؤمنين فقال له عمر جرت فى أول القضاء ولكن أجلس مع خصمى ، فجلسا بين يديه ، فدعى أبى وأنكر عمر ، فقال زيد لأبى : اعف أمير المؤمنين من البين وما كنت لاسألكم إلاّ حد غيره ، فحلف عمر ثم أقسم لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون عمر ورجل من عرض المسلمين عنده سواء . ورواه عمر بن شبة وفيه : فلما أتيا باب زيد خرج فقال السلام عليك يا أمير المؤمنين لو أرسلت الى لايتيك ، قال فى بيته يؤتى الحكم ، فلما دخلا عليه قال ههنا يا أمير المؤمنين ؟ قال بل أجلس مع

خصمى فادعى أبى وأنكر عمر ولم تكن لأبى بيعة ، فقال زيد اعف أمير المؤمنين من اليمين فقال عمر تالله إن زلت ظالمًا ، السلام عليك يا أمير المؤمنين ، ههنا اعف يا أمير المؤمنين ، ولم يعنى أمير المؤمنين ؟ إن كان لى حق استحقاقه يمينى وإلا تركته ، والله الذى لا إله إلا هو ان النخل لنخل وما لأبى فيها حق ، ثم أقسم عمر لا يصيب زيد وجه القضاء حتى يكون عمر وغيره من الناس عنده سواء ، فلما خرجا وهب النخل لأبى ، فقبل له يا أمير المؤمنين فهلا كان هذا قبل أن تحلف ؟ قال خفت أن أترك اليمين فتصير سنة فلا يخلف الناس على حقوقهم

وقال ابراهيم : جاء رجل إلى شريح وعنده السرى بن وقاص ، فقال الرجل لشريح : أعدنى على هذا الجالس عندك ، فقال شريح للسرى قم فاجلس مع خصمك قال إني أسمعك من مكاني ، قال لا قم فاجلس مع خصمك ، فأبى أن يسمع منه حتى أجلسه مع خصمه .

وفى رواية قال : إن مجلسك يريه وإنى لا أدع النصرة وأنا عليها قادر ، ولما تحاكم على رضى الله عنه واليهودى الى شريح قال على : إن خصمى لو كان مسلما لجلست معه بين يديك ، ولأن الحاكم اذا ميز أحد الخصمين على الآخر حصر وانكسر قلبه وربما لم تقم حجته فأدى ذلك الى ظله ، وإن أذن أحد الخصمين للحاكم فى رفع الخصم الآخر عليه فى المجلس جاز لأن الحق له ولا ينكسر قلبه إذا كان هو الذى رفعه ،

والسنة أن يجلس الخصمان بين يدى القاضى لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن يجلس الخصمان بين يدى الحاكم ، رواه أبو داود . وقال على رضى الله عنه لو أن خصمى مسلم لجلست معه بين يديك ، ولأن ذلك أمكن للحاكم فى العدل بينهما والاقبال عليهما والنظر فى خصوصتهما .

وإن كان الخصمان ذميين سوى بينهما أيضا لاستوائهما فى دينهما ، وإن كان أحدهما مسلما والآخر ذميا جاز رفع المسلم عليه لما روى ابراهيم التيمنى قال : وجد على كرم الله وجهه درعه مع يهودى ، فقال درعى سقطت وقت كذا ، فقال اليهودى درعى وفى يدي ، بينى وبينك قاضى المسلمين فارتفعا الى شريح فلما رآه شريح قام من مجلسه وأجلسه فى موضعه وجلس مع اليهودى بين يديه ، فقال على

ان خصمى لو كان مسلماً اجلس معك، ولكنى سمعت رسول الله (ص) يقول : لا تساوهم فى المجالس ، ذكره أبو نعيم فى الحلية ولا ينبغي أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه إما أن يضيفها معاً أو يدعها

وقد روى عن علي كرم الله وجهه انه نزل به رجل فقال له إنك خصم ؟ قال نعم . قال تحول عنا فإنى سمعت رسول الله (ص) يقول : لا تضيفوا أحد الخصمين إلا ومعه خصمه ، ولأن ذلك يؤهم الخصم ميل الحاكم الى من أضافه ولا يلحق أحدهما حجة ولا ما فيه ضرر على خصمه ، مثل أن يريد أحدهما الاقرار فيلقنه الانكار أو اليمين فيلقنه النكول أو النكول فيجبرته على اليمين أو يحس من الشاهد بالتوقف فيجسره على الشهادة أو يكون مقدماً على الشهادة فيوقفه عنها أو يقول لأحدهما وحده تكلم ونحو هذا بما فيه اضرار بخصمه لأن عليه العدل بينهما .

فإن قيل : فقد لقن النبي صلى الله عليه وسلم السارق فقال : ما أخالك سرفت ، وقال عمر لزيد أرجو أن لا يفضح الله على يدك رجلاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قلنا لا يرد هذا الإلزام ههنا ، فإن هذا فى حقوق الله وحدوده ولا خصم للمقر ولا للشهود عليه فليس فى تلقينه حيف على أحد الخصمين ولا ترك للعدل فى أحد الجانبين ، والذي قلنا فى المختلفين فى حق من حقوق الأديين ولا ينبغي أن يعتد الشاهد ولا يداخله فى كلامه ويعنفه فى ألفاظه

(فصل)

وإذا حضر القاضى خصوم كثيرة قدم الاول فالاول ، وينبغي أن يبعث من يكتب من جاء الاول فالاول فيقدمه ، قال ابن المنذر : الأحسن أن يتخذ خيطاً ممدوداً طرفه يلى مجلس الحاكم والطرف الآخر يلى مجلس الخصوم فكل من جاء كتب اسمه فى رقعة وثقبها وأدخلها فى الخيط بما يلى مجلس الخصوم حتى يأتى على آخرهم فإذا جلس القاضى مد يده الى الطرف الذى يليه فأخذ الرقعة التى تليه ثم التى بعدها كذلك حتى يأتى على آخرها ، فإن بقى منها شيء وزال الوقت الذى يقضى فيه عرف الطرف الذى يليه حين يجلس فيتناول فى المجلس الثانى الرقاع كفعله بالأمس ، والاعتبار بسبق المدعى لأن الحق له ، ومتى قدم رجلاً لسبقه فحكم بينه وبين خصمه ، فقال لى دعوى أخرى ، لم يسمع منه لأنه قد قدمه بسبقه

في خصومة فلا يقدمه بأخرى ويقول له اجلس حتى إذا لم يبق أحد من الحاضرين نظرت في دعواك الأخرى إن أمكن ، فإذا فرغ السجل فقال الأخير بعد فصل خصومته لي دعوى أخرى لم يسمع منه حتى يسمع دعوى الأول الثانية ثم يسمع دعواه ، وإن ادعى المدعى عليه على المدعى حكم بينهما لأننا إنما نعتبر الأول فالأول في الدعوى لا في المدعى عليه ، وإذا تقدم الثاني قاضي على المدعى الأول أو المدعى عليه الأول حكم بينهما . وإن حضر اثنان أو جماعة دفعة واحدة أقرع بينهم فقدم من خرجت له القرعة لتساوي حقوقهم ، وإن كثر عددهم كتب أسماءهم في رقع وتركها بين يديه ومس يد فآخذ رقعة رقعة ، واحدة بعد أخرى ويقدم صاحبها حسب ما يتفق .

(فصل) فإن حضر مسافرون ومقيمون فكان المسافرون قليلا بحيث لا يضر تقديمهم على المقيمين قدمهم لأنهم على جناح السفر ويشغلون بما يصلح للرحيل وقد خفف الله عنهم الصوم وشطر الصلاة تخفيفا عنهم وفي تأخيرهم ضرر بهم فإن شاء أفرد لهم يوما يفرغ من حوائجهم فيه . وإن شاء قدمهم من غير أفراد يوم لهم ، فإن كانوا كثيرا بحيث يضر تقديمهم فبهم والمقيمون سواء لأن تقديمهم مع القلة إنما كان لدفع الضرر المختص بهم فإذا آل دفع الضرر عنهم إلى الضرر بغيرهم تساووا ، ولا خلاف في أكثر هذه الآداب وأنها ليست شرطا في صحة القضاء فلو قدم المسبوق أو قدم الحاضرين أو نحوه كان قضاؤه صحيحا :

(فصل) وإذا تقدم إليه خصمان فإن شاء قال : من المدعى منكما ؟ لأنهما حضرا لذلك وإن شاء سكت ويقول القائم على رأسه من المدعى منكما ؟ إن سكتا جميعا ، ولا يقول الحاكم ولا صاحبه لأحدهما تكلم لأن في إفراذه بذلك تفضيلا له وتركيا للانصاف .

قال عمر بن قيس شهدت شريحا إذا جلس إليه الخصمان ورجل قائم على رأسه يقول : أيكما المدعى فليتكلم ؟ وإن ذهب الآخر يشغب غمزه حتى يفرغ المدعى ثم يقول تكلم فإن بدأ أحدهما قاضي فقال خصمه أنا المدعى لم يلتفت الحاكم إليه ، وقال أجب عن دعواه ثم ادع بعد ما شئت ، فإن ادعيا معا فقياس المذهب أن يقرع بينهما وهو قياس قول الشافعي لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر وقد

ثعبر الجمع بينهما فيقرع بينهما كالمراةين إذا زفتا في ليلة واحدة واستحسن ابن المنذر أن يسمع منهما جميعاً وقيل يرجى أمرهما حتى يتبين المدعى منهما وما ذكرناه أولى لأنه لا يمكن الجمع بين الحكم في القضيتين معا وإرجاء أمرهما إضرار بها وفيما ذكرنا دفع الضرر بحسب الامكان وله نظير في مواضع من الشرع فكان أولى .

(فصل)

ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا محررة إلا في الوصية والاقرار لأن الحاكم يسأل المدعى عليه عما ادعاه فإن اعترف به لزمه ولا يمكنه أن تلزمه بجهولة ويفارق الاقرار فإن الحق عليه فلا يسقط بتركه إثباته وإنما صححت الدعوى في الوصية بجهولة لأنها تصح بجهولة فإنه لو وصى له بشيء أو سهم صح فلا يمكنه أن يدعيها إلا بجهولة كما ثبت وكذلك الاقرار لما صح أن يقر بجهول صح لخصمه أن يدعى عليه أنه أقر له بجهول .

إذا ثبت هذا . فإن كان المدعى أثمنا فلا بد من ذكر ثلاثة أشياء : الجنس والنوع والقدر ، فيقول عشرة دنانير بصرية ، وإن اختلفت بالصحاح والمكسرة قال صحاح أو قال مكسرة .

وإن كانت الدعوى في غير الأثمان وكانت عينا تنضبط بالصفات كالحبوب والياب والحيوان احتاج أن يذكر الصفات التي تشترط في السلم ، وإن ذكر القيمة كان آكد إلا أن الصفة تغني فيه كما تغني في العقد ، وإن كانت جواهر ونحوها مما لا ينضبط بالصفة فلا بد من ذكر قيمتها لأنها لا تنضبط إلا بها ، وإن كان المدعى تالفاً وهو مما له مثل كالمكيل والموزون ادعى مثله وضبطه بصفته ، وإن كان مما لا مثل له كالنبات والحيوان ادعى قيمته لأنها تجب بتلفه ، وإن كان التالف شيئاً محلي بفضة أو بذهب قومه بغير جنس حليته ، وإن كان محلي بذهب وفضة قومه بما شاء منهما لأنه موضع حاجة ، وإن كان المدعى عقاراً فلا بد من بيان موضعه وحدوده فيدعى أن هذه الدار بحدودها وحقوقها لي وأنها في يده ظلماً وأنا أطالبه بردها علي ، وإن ادعى عليه أن هذه الدار لي وأنه يمتني منها صحت

الدعوى وان لم يقل انها في يده لانه يجوز أن ينازعه ويمنعه وان لم تكن في يده وان ادعى جراحة لها أرش معلوم كالموضحة من الحر جاز أن يدعى الجراحه ولا يذكر أرشها لانه معلوم ، وان كانت من عبد أو كانت من حر لا مقدر فيها فلا بد من ذكر أرشها .

وان ادعى على أبيه دينا لم تسمع الدعوى حتى يدعى أن أباه مات وترك في يده مالا لأن الولد لا يلزمه قضاء دين والده ما لم يكن كذلك ويحتاج أن يذكر تركه أبيه ويحررها ويذكر قدرها كما يصنع في قدر الدين ، هكذا ذكره القاضى والصحيح أنه يحتاج الى ذكر ثلاثة أشياء تحرير دينه وموت أبيه وأنه وصل اليه من تركه أبيه ما فيه وفاء لدينه .

وان قال ما فيه وفاء لبعض دينه احتاج أن يذكر ذلك القدر ، والقول قول المدعى عليه في نفى تركه الأب مع يمينه ، وان أنكر موت أبيه فالقول قوله مع يمينه ويكفيه أن يحلف على نفى العلم لانه على نفى فعل الغير وقد يموت ولا يعلم به ابنه ويكفيه أن يحلف أن ما وصل اليه من تركه أبيه ما فيه وفاء حقه ولا شيء منه ولا يلزمه أن يحلف أن أباه لم يخلف شيئا لانه قد يخلف تركه فلا تصل اليه فلا يلزمه الايفاء منه فإن لم يحسن المدعى تحرير الدعوى فهل للحاكم أن يلقيه تحريرها ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : يجوز لانه لا ضرر على صاحبه في ذلك .

والثانى : لا يجوز لان فيه اعانة احد الخصمين في حكومته .

(فصل) اذا حرر المدعى دعواه فللحاكم ان يسأل خصمه الجواب قبل ان يطلب منه المدعى ذلك لان شاهد الحال يدل عليه لان احضاره والدعوى انما يراد ليسأل الحاكم المدعى عليه فقد اغنى ذلك عن سؤاله فيقول لخصمه ما تقول فيها يدعيه ؟ فإن أقر لزمه وليس للحاكم ان يحكم عليه الا بمسألة المقر له لأن الحكم عليه حق له فلا يستوفيه الا بمسألة مستحقة هكذا ذكر اصحابنا .

ويحتمل ان يجوز له الحكم عليه قبل مسألة المدعى لان الحال تدل على ارادته ذلك فاكفى بها كما اكفى بها في مسألة المدعى عليه الجواب ولأن كثيرا من الناس لا يعرف مطالبة الحاكم بذلك فيترك مطالبته به لجهله فيضيع حقه فعلى هذا

يجوز له الحاكم قبل مسأله ، وعلى القول الأول إن سأله الخصم فقال احكم لي حكم عليه والحاكم أن يقول قد ألزمتك ذلك أو قضيت عليك له أو يقول اخرج له منه فتن قال له أحد هذه الثلاثة كان حكما بالحق ؟ وإن أنكر فقال لا جق لك قبل فهذا موضع البينة قال الحاكم ألك بينة ؟ لما روى أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم حضرمي وكندي فقال الحضرمي يا رسول الله إن هذا غلبني على أرض لي فقال الكندي هي أرضي وفي يدي وليس له فيها جق فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي : ألك بينة ؟ قال لا ، قال : فلك بينة ، وهو حديث حسن صحيح .

وإن كان المدعى عارفا بأنه موضع البينة ، فالحاكم مخير بين أن يقول : ألك بينة ؟ وبين أن يسكت فإذا قال له ألك بينة ؟ وذكر أن له بينة حاضرة لم يقل له الحاكم أحضرها لأن ذلك حق له فله أن يفعل ما يرى ، وإذا أحضرها لم يسألها الحاكم عما عندها حتى يسأله المدعى ذلك لأنه حق له فلا يسأله ولا يتصرف فيه من غير إذنه ، فإذا سأله المدعى سؤالها قال من كانت عنده شهادة فليذكرها إن شاء ولا يقول لها اشهدا لأنه أمر .

وكان شريح يقول للشاهدين ما أنا دعوتكما ولا أنها كما أن ترجعا وما يقضى على هذا المسلم غيركما وإني بكما أقضى اليوم وبكما أتق يوم القيامة وإن رأى الحاكم عليهما ما يرجب رد شهادتهما ردها كما روى عن شريح أنه شهد عنده شاهد وعليه قباه مخروط الكمين فقال له شريح أتحسن أن توضحا ، قال : نعم ، قال فاحسر عن ذراعيك فذهب يحسر عنهما فلم يستطع فقال له شريح قم فلا شهادة لك . وإن أديا الشهادة على غير وجهها مثل أن يقولوا بلغنا أن عليه ألفا أو سمعنا ذلك ردت شهادتهما .

وشهد رجل عند شريح فقال أشهد أنه اتسكا عليه برفقه حتى مات ، فقال شريح أشهد أنه قتله ، قال أشهد أنه اتسكا عليه برفقه حتى مات ، قال أشهد أنه قتله ، قال أشهد أنه اتسكا عليه برفقه حتى مات ، قال قم لا شهادة لك .

وإن كانت شهادة صحيحة وعرف الحاكم عدالتهم قال للشهود عليه قد شهدا

عليك فإن كان عندك ما يقدح في شهادتها فيبينه عندى ، فإن سأل الإنظار أنظره
اليومين والثلاثة ، فإن لم يجرح حكم عليه لأن الحق قد وضع على وجه لا إشكال
فيه وإن ارتاب بشهادتهم ففرقهم فسأل كل واحد عن شهادته وصفتها فيقول
كنت أول من شهد أو كتبت أو لم تكتب وفى أى مكان شهدت ، وفى أى شهر ،
وأى يوم ، وهل كنت وحدك أو معك غيرك ، فإن اختلفوا سقطت شهادتهم ،
وإن اتفقوا بحث عن عدالتهم ويقال أول من فعل هذا دنياى ويقال فعله سليمان
وهو صغير .

وروى عن على رضى الله عنه أن سبعة نفر خرجوا ففقد واحد منهم فأتت
زوجته علياً فدعى الستة فسألم عنه فأنكروا ففرقهم وأقام كل واحد عند سارية
وكل به من يحفظه ودعى واحداً منهم فسأله فأنكر فقال الله أكبر فظن الباقون
أنه قد اعترف فدعاهم فاعترفوا فقال للأول قد شهدوا عليك وأنا قاتلك فاعترف
فقتلهم ، وإن لم يعرف عدالتهم بحث عنها فإن لم تثبت عدالتهم قال للدعى زدنى
شهوداً ، وإن لم تكن له بينة عرفه الحاكم أن لك يمينه وليس للحاكم أن
يستحلفه قبل مسألة المدعى لأن اليمين حق له فلم يجز استيفائها من غير مطالبة
مستحقها بنفس الحق فإن استحلفه من غير مسألة أو بادر المنكر فحلف لم يعتد
بيمينه لأنه أتى بها فى غير وقتها ، وإذا سألها المدعى أعادها له لأن الأولى لم تكن
يمينه ، وإن أمسك المدعى عن أحلاف المدعى عليه ثم أراد أحلافه بالدعوى
المتقدمة جاز لأنه لم يسقط حقه منها وإنما آخرها .

وإن قال أبرأتك من هذه اليمين سقط حقه منها فى هذه الدعوى وله أن
يستأنف الدعوى لأن حقه لا يسقط بالبراءة من اليمين ، فإن استأنف الدعوى
فأنكر المدعى عليه فله أن يحلفه لأن هذه الدعوى غير الدعوى التى أبرأه فيها
من اليمين فإن حلف سقطت الدعوى ولم يكن للدعى أن يحلفه يميناً أخرى لا فى
هذا المجلس ولا فى غيره ، وإن كان الحق لجماعة فرضوا يمين واحد جاز وسقطت
دعواهم باليمين لأنها حقهم ولأنه لما جاز ثبوت الحق بيمين واحدة لجماعة جاز
سقوطه بيمين واحدة .

وقال القاضي : ويحتمل أن لا يصح حتى يحلف لكل واحد يمينا وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن اليمين حجة في حق الواحد فإذا رضى بها اثنان صارت الحجة في حق كل واحد منهما ناقصة والحجة الناقصة لا تكمل برضى الخصم كما لو رضى أن يحكم عليه بشاهد واحد . والصحيح الأول لأن الحق لهما فإذا رضيا به جاز ولا يلزم من رضاها بيمين واحدة أن يكون لكل واحد بعض اليمين كما أن الحقوق إذا قامت بها بينه واحدة لا يكون لكل حق بعض البيعة . فأما إن حلفه لجميعهم يمينا واحدة بغير رضاهم لم تصح يمينه بلا خلاف نعليه . وقد حكى الاصطخري أن اسماعيل بن اسحاق القاضي حلف رجلا بحق لرجلين يمينا واحدة فخطأه أهل عصره ، وإن قال المدعى لي بينة غائبة قال له الحاكم لك يمينه فإن شئت فاستحلفه وإن شئت أخرته إلى أن تحضر بينتك وليس لك مطالبة بكفيل ولا ملازمة حتى تحضر البيعة نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » ، فإن أحلفه ثم حضرت بينته حكم بها ولم تكن مزية للحق ، لأن اليمين إنما يصار إليها عند عدم البيعة فإذا وجدت البيعة بطلت اليمين وتبين كذبها ، وإن قال لي بينة حاضرة وأريد يمينه ثم أقيم بينتي لم يملك ذلك .

وقال أبو يوسف يستحلفه وإن نكل فضى عليه لأن في الاستحلاف فائدة وهو أنه ربما نكل ففضى عليه فأغنى عن البيعة .

ولنا : قوله عليه السلام « شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » ، وأو للتخير بين شيئين فلا يكون له الجمع بينهما ولأنه أمكن فصل الخصومة بالبيعة فلم يشرع غيرها مع ارادة المدعى اقامتها وحضورها كما لو لم يطلب يمينه ولأن اليمين بدل فلم يجب الجمع بينهما وبين مبدلها كسائر الأبدال مع مبدلاتها .

وإن قال المدعى : لا أريد اقامتها وإنما أريد يمينه اكتفى بها استحلف لأن البيعة حقه فإذا رضى باسقاطها وترك اقامتها فله ذلك كنفس الحق فإن حلف المدعى عليه ثم أراد المدعى اقامة بينته فهل يملك ذلك ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : له ذلك لأن البيعة لا تبطل بالاستحلاف كما لو كانت غائبة .

والثاني : ليس له ذلك لأنه قد أسقط حقه من اقامتها . ولأن تجويز اقامتها يفتح

باب الحيلة لأنه يقول لا أريد إقامتها ليحلف خصمه ثم يقيمها فإن كان له شاهد واحد في الأموال عرفه الحاكم أن له أن يحلف مع شاهده ويستحق أن قال : لا أحلف أنا وأرضى بيمينه استحلف له فإذا حلف سقط الحق عنه فإن عاد المدعى بعدها فقال أنا أحلف مع شاهدي لم يستحلف — ولم يسمع منه ، ذكره القاضي ، وهو مذهب الشافعي لأن اليمين فعله وهو قادر عليها فأمكنه أن يسقطها بخلاف البينة ، وإن عاد قبل أن يحلف — المدعى عليه فبذل اليمين فقال القاضي ليس له ذلك في هذا المجلس وكل موضع قلنا يستحلف — المدعى عليه فإن الحاكم يقول له إن حلفت وإلا جعلتك نا كلا وقضيت عليك ثلاثاً فإن حلف — والا حكم عليه بنكوله إذا سأله المدعى ذلك فإن سكت عن جواب الدعوى فلم يقر ولم ينكر حبسه الحاكم حتى يجيب ولا يجعله بذلك نا كلا ذكره القاضي في المجرى .

وقال أبو الخطاب : يقول له الحاكم إن أجبت وإلا جعلتك نا كلا وحكمت عليك وبكر ذلك عليه فإن أجاب وإلا جعله نا كلا وحكم عليه لأنه نا كل عما توجه عليه الجواب فيه فيحكم عليه بالنكول عنه كاليمين .

« مسألة » قال (وإذا حكم على رجل في عمل غيره فكتب بإفاد القضاء عليه إلى قاضي ذلك البلد قبل كتابه وأخذ المحكوم عليه بذلك الحق)

الأصل في كتاب القاضي إلى القاضي والامير إلى الامير الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (اني ألقى إلى كتاب كريم * انه من سليمان وانه بسم الله الرحمن الرحيم * ألا تعلوا على واتقوني مسلمين) .

وأما السنة . فإن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى كسرى وقيصر والنجاشي وملوك الأطراف وكان يكتب إلى ولاته ويكتب لعماله وسعاته وكان في كتابه إلى قيصر « بسم الله الرحمن الرحيم من محمد رسول الله إلى قيصر عظيم الروم أما بعد فاسلم تسلم واسلم بوثك الله أجراً عظيماً فإن توليت فإن عليك أثم الأريسيين وبأهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم » .

وروى الضحاك بن سفيان قال : كتب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها .

وأجمعت الامة على كتاب القاضى الى القاضى ولأن الحاجة الى قبوله داعية فان من له حق فى بلد غير بلده ولا يمكنه اتيانه والمطالبة به الا بكتاب القاضى فوجب قبوله .

واذا ثبت هذا : فان كتاب القاضى يقبل فى الاموال وما يقصد به المال ولا يقبل فى الحدود كحق الله تعالى وهل يقبل فيما عدا هذا ؟ على وجهين ، وبهذا قال أصحاب الرأى .

وقال أصحاب الشافعى يقبل فى كل حق لأدمى من الجراح وغيرها وهل يقبل فى الحدود التى لله تعالى ؟ على قولين ، وتام الكلام فى هذا الفصل يذكر فى الشهادة على الشهادة ان شاء الله تعالى ، والكتاب على ضربين .

أحدهما : أن يكتب بما حكم به وذلك مثل أن يحكم على رجل بحق فيغيب قبل ايفائه أو يدعى حقاً على غائب ويقيم به بيته ويسأل الحاكم الحكم عليه فيحكم عليه ويسأله أن يكتب له كتاباً يحمله الى قاضى البلد الذى فيه الغائب فيكتب له اليه ، أو تقوم البيعة على حاضر فيهرب قبل الحكم عليه فيسأل صاحب الحق الحاكم الحكم عليه وأن يكتب له كتاباً يحكمه فى هذه الصور الثلاث يلزم الحاكم اجابته الى الكتابة ويلزم المكتوب اليه قبوله سواء كانت بينهما مسافة بعيدة أو قريبة حتى لو كانا فى جانبى بلد أو مجلس لزمه قبوله وامضاؤه سواء كان حكماً على حاضر أو غائب لا نعلم فى هذا خلافاً لان حكم الحاكم يجب امضاؤه على كل حاكم .

الضرب الثانى . أن يكتب بعلمه بشهادة شاهدين عنده بحق لفلان مثل أن تقوم البيعة عنده بحق لرجل على آخر ولم يحكم به فيسأله صاحب الحق أن يكتب له كتاباً بما حصل عنده فانه يكتب له أيضاً .

قال القاضى ويكون فى كتابه : شهد عندى فلان وفلان بكذا وكذا لىكون المكتوب اليه هو الذى يقضى به ولا يكتب ثبت عندى لأن قوله ثبت عندى حكم بشهادتهما فهذا لا يقبله المكتوب اليه الا فى المسافة البعيدة التى هى مسافة القصر ولا يقبله فيما دونها لانه نقل شهادة فاعتبر فيه ما يعتبر فى الشهادة على الشهادة ونحو هذا قول الشافعى .

وقال أبو يوسف ومحمد يجوز أن يقبله في بلده ، وحكى عن أبي حنيفة مثل هذا وقال بعض المتأخرين من أصحابه الذي يقتضيه مذهبه أنه لا يجوز ذلك في الشهادة على الشهادة واحتج من أجازه بأنه كتاب الحاكم بما ثبت عنده لجواز قبوله مع القرب ككتابه بحكمه :

ولنا أن ذلك نقل الشهادة الى المكتوب اليه فلم يجوز مع القرب كالشهادة على الشهادة ويفارق كتابه بالحكم فإن ذلك ليس بنقل وإنما هو خبر وكل موضع يلزمه قبول الكتاب فإنه يأخذ المحكوم عليه بالحق الذي حكم عليه به فيبحث اليه فيستدعيه فإن اعترف بالحق أمره بأدائه والزمه إياه .

وإن قال لست المسمى في هذا الكتاب فالقول قوله مع يمينه إلا أن يقيم المدعى بينة أنه المسمى في الكتاب ، وإن اعترف أن هذا الاسم اسمه والنسب نسبه والصفة صفته إلا أن الحق ليس هو عليه إنما هو على آخر يشاركه في الاسم والنسب والصفة فالقول قول المدعى في نفى ذلك لأن الظاهر عدم المشاركة في هذا كله فإن أقام المدعى عليه بينة بما ادعاه من وجود مشارك له في هذا كله أحضره الحاكم وسأله عن الحق فإن اعترف به ألزمه به وتخلص الأول وإن أنكره وقف المحكم وكتب الى الحاكم الكاتب يعلمه الحال وما وقع من الاشكال حتى يحضر الشاهدين فيشهدا عنده بما يتميز به المشهود عليه منهما .

وإن ادعى المسمى أنه كان في البلد من يشاركه في الاسم والصفة وقد مات نظرنا فإن كان موته قبل وقوع المعاملة التي وقع المحكم بها أو كان ممن لم يعاصره المحكم عليه أو المحكم كرم له لم يقع إشكال وكان وجوده كعدمه .
وإن كان موته بعد المحكم أو بعد المعاملة وكان ممن أمكن أن تجرى بينته وبين المحكم كرم له معاملة فقد وقع الاشكال كما لو كان حياً لجواز أن يكون الحق على الذي مات .

(فصل) وإذا كتب الحاكم بشيوت بينة أو إقرار بدين جاز وحكم به المكتوب اليه وأخذ المحكوم عليه به وإن كان ذلك عيناً كعقار محدود أو عين مشهودة لا تشبهه بغيرها كعبد معروف مشهور أو دابة كذلك حكم به المكتوب

إليه أيضا وألزم تسليمه إلى المحكوم له به وإن كان عينا لا تتميز إلا بالصفة كعبد غير مشهود أو غيره من الأعيان التي لا تتميز إلا بالوصف فقيه وجهان .
أحدهما : لا يقبل كتابه وبه قال أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الوصف لا يكفي بدليل أنه لا يصح أن يشهد لرجل بالوصف والتولية كذلك المشهود به .

والثاني : يجوز لأنه ثبت في الذمة بالعقد على هذه الصفة فأشبه الدين ويخالف المشهود له فإنه لا حاجة إلى ذلك فيه فإن الشهادة له لا تثبت إلا بعد دعواه .
ولأن المشهود عليه يثبت بالصفة والتولية فكذلك المشهود به .

فعل هذا الوجه . ينفذ العين مختومة وإن كان عبد أو أمة ختم في عنقه وبعثه إلى القاضي الكاتب ليشهد الشاهدان على عينه فإن شهدا عليه دفع إلى المشهود له به ، وإن لم يشهدا على عينه أو قال المشهود به غير هذا وجب على أخذه رده إلى صاحبه ويكون حكمه حكم المصوب في ضمانه وضمان نفسه ومنفعته فيلزمه أجره إن كان له أجر من يوم أخذه إلى أن يصل إلى صاحبه لأنه أخذه من صاحبه قهراً بغير حق .

(فصل) ومن استوفى الحق من المحكوم عليه فقال للحاكم عليه اكتب لي محضرا بما جرى لثلاثي يلقاني خصمي في موضع آخر فيطلب البني به مرة أخرى فقيه وجهان .

أحدهما : تلزمه إجابته ليخلص من المحذور الذي يخافه .
والثاني : لا تلزمه لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده أو حكم به فأما استئناف ابتداء فيكفيه فيه الأشهاد فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق لأن الحق ثبت عليه بالشهادة والاول أصح لأنه قد حكم عليه بهذا الحق ويخاف الضرر بدون المحضر فأشبه ما حكم به ابتداء ، وإن طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذي ثبت به الحق لم يلزمه دفعه إليه لأنه ملكه فلا يجب عليه دفعه إلى غيره وكذلك كل من له كتاب بدين فاستوفاه أو عقر فباعه لا يلزمه دفع الكتاب لأنه ملكه ولأنه يجوز أن يخرج ما قبضه مستحقا فيعود إلى ماله .

(فصل) ويقبل الكتاب من قاضى مصر إلى قاضى مصر وإلى قاضى قرية ومن قاضى قرية إلى قاضى قرية وقاضى مصر ومن القاضى إلى خليفته ومن خليفته إليه لأنه كتاب من قاض إلى قاض فأشبهه ما لو استويا ، ويجوز أن يكتب إلى قاضى معين وإلى من وصله كتابى من قضاة المسلمين وحكامهم من غير تعيين ، ويلزم من وصله قبوله وبهذا قال أبو ثور واستحسنه أبو يوسف ، وقال أبو حنيفة لا يجوز أن يكتب إلى غير معين . ولنا أنه كتاب حاكم من ولايته وصل إلى حاكم فلزمه قبوله كما لو كان الكاتب إليه بعينه .

فصل وصفة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

سبب هذا الكتاب أطال الله بقاء من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم أنه ثبت عندى فى مجلس حكى وقضائى الذى اتولاه بمكان كذا ، وإن كان نائباً قال الذى انوب فيه عن القاضى فلان بحضور من خصمين مدع ومدعى عليه جاز استماع الدعوى منهما وقبول البينة من أحدهما على الآخر بشهادة فلان وفلان وهما من الشهود المعدلين عندى عرفتهما وقبلت شهادتهما بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلانى بعينه واسمه ونسبه فإن كان فى اثبات أسر أسير قال وإن الفرنج خذلهم الله أسروه بمكان كذا فى وقت كذا وأخذوه إلى مكان كذا وهو مقيم تحت حوطتهم أبادهم الله وأنه رجل فقير من فقراء المسلمين ليس له شيء من الدنيا ولا يقدر على فكالك نفسه ولا على شيء منه وأنه مستحق للصدقة على ما يقتضيه كتاب المحضر المشار إليه المتصل أوله بآخر كتابى هذا المؤرخ بكذا .

وإن كان فى اثبات دين ككتب وأنه استحق فى ذمة فلان بن فلان الفلانى ويرفع فى نسبه ويصفه بما يتميز به من الدين كذا وكذا دينا عليه حالا وحقا واجبا لازما وأنه يستحق مطالبته واستيفاءه منه .

وإن كان فى اثبات عين كتب وأنه مالك لما فى يدى فلان من الشيء الفلانى ويصفه صفة يتميز بها ، مستحق لأخذه وتسليمه على ما يقتضيه كتاب المحضر المتصل بآخر كتابى هذا المؤرخ بتاريخ كذا ، وقال الشاهدان المذكوران إنهما بما شهدا به عالمان وله محققان وإنهما لا يعلمان خلاف ما شهدا به إلى حين

أقاما الشهادة عندي فأقضيت ما ثبت عندي من ذلك وحكمت بموجبه بسؤال من جازت مسأله ، وسألني من جاز سؤاله وسوغت الشريعة المطهرة إجابته المكتوبة بذلك الى القضاة والحكام فأجبتهم الى ملتصقه لجوازه له شرعا ، وتقدمت بهذا الكتاب فكتب ويا لصاق المحضر المشار اليه فالصق ، فمن وقف عليه منهم وتأمل ما ذكرته وتصفح ما سطرته واعتمد في إنقاذه والعمل بموجب ما يوجبه الشرع المطهر أحرز من الأجر أجزله وكتب من مجلس الحكم المحروس من مكان كذا في وقت كذا ولا يشترط أن يذكر القاضي اسمه في العنوان ولا ذكر اسم المكتوب اليه في باطنه ، وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة : اذا لم يذكر اسمه فلا يقبل ، لأن الكتاب ليس اليه ولا يكفي ذكر اسمه في العنوان دون باطنه لأن ذلك لم يقع على وجه المخاطبة . ولنا أن المعول فيه على شهادة الشاهدين على القاضي الكاتب بالحكم ، وذلك لا يقدح فيها ، ولو ضاع الكتاب أو امتحى سمعت شهادتهما وحكم بها .

« مسألة ، قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة عدلين يقولان قرأه علينا أو قرأه عليه بمحضرتنا فقال اشهدا على أنه كتابي الى فلان) »

وجملته انه يشترط لقبول كتاب القاضي شروط ثلاثة : أحدها أن يشهد به شاهدان عدلان ولا يكفي معرفة المكتوب اليه خط الكاتب وختمه ، ولا يجوز له قبوله بذلك في قول أئمة الفتوى .

وحكى عن الحسن وسوار والعنبري أنهم قالوا : اذا كان يعرف خطه وختمه قبله ، وهو قول أبي ثور والاصطخري ، ويتخرج لنا مثله بناء على قوله في الوصية اذا وجدت بخطه لأن ذلك تحصل به غلبة الظن فأشبه شهادة الشاهدين

ولنا أن ما أمكن اثباته بالشهادة لم يجز الاقتصار فيه على الظاهر كإثبات العقود ، ولأن الخط يشبه الخط والختم يمكن التزوير عليه ويمكن الرجوع الى الشهادة فلم يعول على الخط : كالشاهد لا يعول في الشهادة على الخط ، وفي هذا انفصال عما ذكرناه .

اذا ثبت هذا فإن القاضي اذا كتب الكتاب دعاه رجلين يخرجان الى البلد

الذى فيه القاضى المكتوب اليه فيقرأ عليها الكتاب أو يقرؤه غيره عليها والأحوط أن ينظرا معه فيما يقرؤه فإن لم ينظرا جاز لأنه لا يستقرأ إلا ثقة فإذا قرىء عليهما قال : أشهدا على أن هذا كتابى إلى فلان ، وإن قال : أشهدا على بما فيه كان أولى ، وإن اقتصر على قوله : هذا كتابى إلى فلان ، فظاهر كلام المحرق أنه لا يجزى . لأنه يحملهما الشهادة فاعتبر فيه أن يقول : أشهدا على كالشهادة على الشهادة .

وقال القاضى : يجزى ، وهو مذهب الشافعى ، ثم إن كان ما فى الكتاب قليلا اعتمد على حفظه ، وإن كثر فلم يقدر على حفظه كتب كل واحد منهما مضمونه وقابل بها لتكون معه يذكر بها ما يشهد به ، ويقبضان الكتاب قبل أن يغيبا لتلايدفع اليهما غيره ، فإذا وصل الكتاب معهما اليه قرأه الحاكم أو غيره عليهما ، فإذا سمعاه قالا نشهد أن هذا كتاب فلان القاضى اليك أشهدنا على نفسه بما فيه لأنه قد يكون كتابه غير الذى أشهدهما عليه .

قال أبو الخطاب : ولا يقبل إلا أن يقول : نشهد أن هذا كتاب فلان لأنها أداء شهادة فلا بد فيها من لفظ الشهادة . ويجب أن يقول من عمله لأن الكتاب لا يقبل إلا إذا وصل من مجلس عمله ، وسواء وصل الكتاب مختوما أو غير مختوم ، مقبولا أو غير مقبول ، لأن الاعتماد على شهادتهما لا على الخط والختم ، فإن امتحنى الكتاب وكانا يحفظان ما فيه جاز لهما أن يشهدا بذلك ، وإن لم يحفظا ما فيه لم تكنهما الشهادة .

وقال أبو حنيفة وأبو ثور : لا يقبل الكتاب حتى يشهد شاهدان على ختم القاضى . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب كتابا إلى قيسر ولم يختمه ، فقبل له أنه لا يقرأ كتاباً غير مختوم فاتخذ الخاتم ، واقتصاره على الكتاب دون الختم دليل على أن الختم ليس بشرط فى القبول ، وإنما فعله النبي صلى الله عليه وسلم ليقرءوا كتابه ، ولأنهما شهدا بما فى الكتاب وعرفا ما فيه فوجب قبوله كما لو وصل مختوما وشهدا بالختم .

إذا ثبت هذا فإنه إنما يعتبر ضبطها لمعنى الكتاب وما يتعلق به الحكم . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن قوم شهدوا على صحيفة وبعضهم ينظر

فيها وبعضهم لا ينظر ، قال إذا حفظ فليشهد ، قيل كيف يحفظ وهو كلام كثير ؟ قال يحفظ ما كان عليه الكلام والوضع ، قلت يحفظ المعنى ؟ قال نعم ، قيل له والحدود والتمن وأشباه ذلك ؟ قال نعم ، ولو أدرج الكتاب وختمه وقال هذا كتابي أشهدا على بما فيه أو قد أشهدتكم على نفسي بما فيه ثم يصح هذا التحمل ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال أبو يوسف : إذا ختمه بختمه وعنوانه جاز أن يتحملا الشهادة عليه مدرجاً فإذا وصل الكتاب شهدا عنده أنه كتاب فلان ، ويتخرج لنا مثل هذا لأنهما شهدا بما في الكتاب فجاز وإن لم يعلميا تفصيله ، كما لو شهدا لرجل بما في هذا الكيس من الدراهم جازت الشهادة وإن لم يعرفا قدرها .

ولنا أنها شهدا بجهول لا يعلمانه فلم تصح شهادتهما ، كما لو شهدا أن لفلان على فلان مالا ، وفارق ما ذكره فإن تعيينه الدراهم التي في الكيس أغنى عن معرفة قدرها وهما الشهادة على ما في الكتاب دون الكتاب وهما لا يعرفانه .

الشرط الثاني : أن يكتبه القاضي من موضع ولايته وحكمه ، فإن كتبه من غير ولايته لم يسغ قبوله لأنه لا يسوغ له في غير ولايته حكم فهو فيه كالعامي .

الشرط الثالث : أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه في موضع ولايته ، فإن وصله في غيره لم يكن له قبوله حتى يصير إلى موضع ولايته ، ولو ترفع إليه خصمان في غير موضع ولايته لم يكن له الحكم بينهما بحكم ولايته إلا أن يتراضيا به فيكون حكمه حكم غير القاضي إذا تراضيا به . وسواء كان الخصمان من أهل عمله أو لم يكونا ، ولو ترفع إليه خصمان وهو في موضع ولايته من غير أهل ولايته كان له الحكم بينهما لأن الاعتبار بموضعها إلا أن يأذن الإمام لقاض أن يحكم بين أهل ولايته حيث كانوا ويمنعه من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان فيكون الأمر على ما أذن فيه ومنع منه لأن الولاية بتوليته فيكون الحكم على وفدها (فصل في تغيير حال القاضي) ولا يخلو من أن يتغير حال الكاتب أو المكتوب إليه أو حالهما معا ، فإن تغيرت حال الكاتب بموت أو عزل بعد أن كتب الكتاب وأشهد على نفسه لم يقدح في كتابه ، وكان على من وصله الكتاب

قبوله والعمل به سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده أو بعده ، وبهذا قال الشافعى : وقال أبو حنيفة لا يعمل به فى الحالين

وقال أبو يوسف : إن مات قبل خروجه من يده لم يعمل به ، وإن مات بعد خروجه من يده عمل به ، لأن كتاب الحاكم بمنزلة الشهادة على الشهادة لأنه ينقل شهادة شاهدى الأصل فإذا مات قبل وصول الكتاب صار بمنزلة موت شاهدى الفرع قبل أداء شهادتهما .

ولنا أن المعول فى الكتاب على الشاهدين اللذين يشهدان على الحاكم وهما حيان فيجب أن يقبل كتابه كما لو لم يمت ، ولأن كتابه إن كان فيما حكم به فحكمه لا يبطل بموته وعزله ، وإن كان فيما ثبت عنده بشهادة فهو أصل واللذان شهدا عليه فرع ولا تبطل شهادة الفرع بموت شاهد الأصل ، وما ذكروه حجة عليهم لأن الحاكم قد أشهد على نفسه وإنما يشهد عند المكتوب اليه شاهدان عليه وهما حيان وهما شاهدا الفرع ، وليس موته مانعا من شهادتهما فلا يمنع قبولها كموت شاهدى الأصل .

وإن تغيرت حاله بفسق قبل الحكم بكتابه لم يجوز الحكم به لأن حكمه بعد فسقه لا يصح فكذلك لا يجوز الحكم بكتابه ، ولأن بقاء عدالة شاهدى الأصل شرط فى صحة الحكم بشاهدى الفرع ، فكذلك بقاء عدالة الحاكم لأنه بمنزلة شاهدى الأصل ، فإن فسق بعد الحكم بكتابه لم يتغير ، كما لو حكم بشئ ثم بان فسقه فإنه لا ينقض ما مضى من أحكامه كذا ههنا

وأما إن تغيرت حال المكتوب اليه بأى حال كان من موت أو عزل أو فسق فلمن وصل اليه الكتاب ممن قام مقامه قبول الكتاب والعمل به ، وبه قال الحسن حكى عنه أن قاضى الكوفة كتب إلى إياس بن معاوية قاضى البصرة كتابا فوصل وقد عزل وولى الحسن فعمل به .

وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يعمل به لأن كتاب القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة عند المكتوب اليه ، وإذا شهد شاهدان عند قاض لم يحكم بشهادتهما غيره .

ولنا أن المعول على شهادة الشاهدين بحكم الاول أو ثبوت الشهادة عنده وقد

شهدا عند الثاني فوجب أن يقبل كالأول . وقولهم انه شهادة عند الذي مات ليس بصحيح ، فإن الحاكم الكاتب ليس بفرع ولو كان فرعاً لم يقبل وحده ، وإنما الفرع الشاهدان اللذان شهدا عليه وقد أديا الشهادة عند المتجدد ، ولو ضاع الكتاب فشهدا بذلك عند الحاكم المكتوب إليه قبل ، فدل ذلك على أن الاعتبار بشهادتهما دون الكتاب وقياس ما ذكرناه أن الشاهدين لو حملا الكتاب الى غير المكتوب إليه في حال حياته ، وشهدا عنده عمل به لما بيناه ، وإن كان المكتوب إليه خليفة للكاتب ، فمات الكاتب أو عزل انزل المكتوب اليه لأنه نائب عنه فينزل بعزله وموته ، كولاته . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا ينزل خليفة ، كما لا ينزل القاضي الأصلي بموت الامام ولا عزله .

ولنا ما ذكرناه : ويفارق الإمام ، لأن الامام يعقد القضاء والإمارة للمسلمين فلم يبطل ما عقده لغيره ، كما لو مات الولي في النكاح لم يبطل النكاح ، ولهذا ليس للامام أن يعزل القاضي من غير تغير حاله ، ولا ينزل إذا عزله بخلاف نائب الحاكم فإنه تنعقد ولايته لنفسه نائباً عنه فملك عزله ، ولأن القاضي لو انزل بموت الامام لدخل الضرر على المسلمين لأنه يفضى الى عزل القضاة في جميع بلاد المسلمين وتعطل الاحكام ، وإذا ثبت أنه لا ينزل فليس له قبول الكتاب لأنه حينئذ ليس بقاض .

« مسألة ، قال (ولا تقبل الترجمة عن أعجمي تحاكم اليه إذا لم يعرف لسانه إلا من عدلين يعرفان لسانه) .

وجملته : أنه إذا تحاكم الى القاضي العربي أعجميان لا يعرف لسانهما ، أو أعجمي وعربي فلا بد من مترجم عنهما . ولا تقبل الترجمة الا من اثنين عدلين . وهذا قال الشافعي : وعن أحمد رواية أخرى أنها تقبل من واحد وهو اختيار أبي بكر عبد العزيز وابن المنذر وقول أبي حنيفة . وقال ابن المنذر في حديث زيد بن ثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يتعلم كتاب يهود ، قال : فكنت أكتب له إذا كتب اليهم وأقرأ له إذا كتبوا ، ولأنه عما لا يفترق الى لفظ الشهادة فأجزأ فيه الواحد كإخبار الديانات .

ولنا : أنه نقل ما خفي على المحاكم اليه فيما يتعلق بالمتخصصين فوجب فيه العدد كالشهادة ، ويفارق اخبار الديانات فإنها لا تتعلق بالمتخصصين . ولا نسلم أنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ، ولأن ما لا يفهمه المحاكم وجوده عنده كعدمه ، فإذا ترجم له كان كنقل الإقرار اليه من غير مجلسه ، ولا يقبل ذلك الا من شاهدين . كذا هنا ، فعلى هذه الرواية : تكون الترجمة شهادة تقتصر الى العدد والعدالة ، ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر في الشهادة على الإقرار بذلك الحق ، فإن كان مما يتعلق بالحدود والقصاص اعتبر فيه الحرية ، ولم يكف الا شاهدان ذكران ، وان كان مما لا يتعلق بها كفى فيه ترجمة رجل وامرأتين ، ولم تعتبر الحرية فيه ، وان كان في حد زنا خرج في الترجمة فيه وجهان .

أحدهما : لا يكفي فيه أقل من أربعة رجال أحرار عدول . والثاني : يكفي فيه اثنان بناء على الروايتين في الشهادة على الإقرار به ، ويعتبر فيه لفظ الشهادة لانه شهادة ، وان قلنا : يكفي فيه واحد فلا بد من عدالته ، ولا تقبل من كافر ولا فاسق ، وتقبل من العبد لانه من أهل الشهادة والرواية . وقال أبو حنيفة : لا تقبل من العبد لانه ليس من أهل الشهادة .

ولنا : انه خبر يكفي فيه قول الواحد فيقبل فيه خبر العبد ، كأخبار الديانات ولا نسلم أن هذا شهادة ، ولا أن العبد ليس من أهل الشهادة ولا يعتبر فيه لفظ الشهادة كالرواية ، وعلى هذا الاصل ينبغي أن تقبل ترجمة المرأة اذا كانت من أهل العدالة لأن روايتها مقبولة .

(فصل) والمحكم في التعريف والرسالة والجرح والتعديل كالحكم في الترجمة ، وفيها من الخلاف ما فيها ، ذكره الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ، وقد ذكرنا الجرح والتعديل فيما مضى

« مسألة ، قال (واذا عزل فقال : كنت حكمت في ولايتي لفلان على فلان بحق قبل قوله وأمضى ذلك الحق)

وبهذا قال اسحاق : قال أبو الخطاب ويحتمل أن لا يقبل قوله ، وقول القاضي في فروع هذه المسألة يقتضي أن لا يقبل قوله هنا ، وهو قول أكثر الفقهاء ،

لأن من لا يملك الحكم لا يملك الإقرار به كمن أقر بعتق عبد بعد بيعه ثم اختلفوا فقال الاوزاعي وابن أبي ليلى : هو بمنزلة الشاهد إذا كان معه شاهد آخر قبل : وقال أصحاب الرأي : لا يقبل الا شاهدان سواء يشهدان بذلك ، وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن شهادته على فعل نفسه لا تقبل ولنا أنه لو كتب الى غيره ثم عزل ووصل الكتاب بعد عزله لزم المكتوب اليه قبول كتابه بعد عزل كاتبه ، فكذلك ههنا ، ولأنه أخبر بما حكم به وهو غير متهم فيجب قبوله كحال ولايته .

فصل

فأما ان قال في ولايته : كنت حكمت لفلان بكذا قبل قوله ، سواء قال قضيت عليه بشاهدين عداين . أو قال سمعت بينته وعرفت عدالتهم ، أو قال قضيت عليه بنكوله ، أو قال أقر عندي فلان لفلان بحق فحكمت به ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف .

وحكى عن محمد بن الحسن أنه لا يقبل حتى يشهد معه رجل عدل ، لأنه فيه اخباراً بحق على غيره فلم يقبل قول واحد كالشهادة ولنا أنه يملك الحكم فملك الإقرار به كالزوج اذا أخبر بالطلاق ، والسيد اذا أخبر بالعتق ، ولأنه لو أخبر أنه رأى كذا وكذا فحكم به قبل كذا ههنا ، وفارق الشهادة فإن الشاهد لا يملك اثبات ما أخبر به

فأما ان قال : حكمت بعلى أو بالنكول أو بشاهد وبين في الاموال فإنه يقبل أيضاً . وقال الشافعي : لا يقبل قوله في القضاء بالنكول ، وينبى قوله حكمت عليه بعلى على القولين في جواز القضاء بعلمه لأنه لا يملك الحكم بذلك ، فلا يملك الإقرار به .

ولنا أنه أخبر بحكمه فيها لو حكم به لنفذ حكمه ، فوجب قبوله كالصور التي تقدمت ، ولأنه حاكم أخبر بحكمه في ولايته فوجب قبوله كالذى سلبه ، ولأن الحاكم اذا حكم في مسأله يسوع فيها الاجتهاد لم يسغ نقض حكمه ولزم غيره امضاؤه والعمل به فصار بمنزلة الحكم بالبينة العادلة ، ولا نسلم ما ذكره ، وان قال . حكمت لفلان على فلان بكذا ، ولم يصف حكمه الى بينة ولا غيرها وجب

قبوله وهو ظاهر مسألة الحرق ، فإنه لم يذكر ما ثبت به الحكم ، وذلك لأن الحاكم متى ما حكم بحكم يسوع فيه الاجتهاد وجب قبوله وصار بمنزلة ما أجمع عليه .

(فصل) وإذا أخبر القاضى بحكمه فى غير موضع ولايته فظاهر كلام الحرقى أن قوله مقبول وخبره نافذ ، لأنه إذا قبل قوله بحكمه بعد العزل وزوال ولايته بالكلية فلأن يقبل مع بقائها فى غير موضع ولايته أولى .

وقال القاضى . لا يقبل قوله ، وقال : لو اجتمع قاضيان فى غير ولايتهما ، كقاضى دمشق وقاضى مصر اجتمعا فى بيت المقدس ، فأخبر أحدهما الآخر بحكم حكم به أو شهادة ثبتت عنده لم يقبل أحدهما قول صاحبه ويكونان كشاهدين أخبر أحدهما الآخر بما عنده ، وليس له أن يحكم به إذا رجع إلى عمله لأنه خبر من ليس بقاض فى موضعه .

وإن كانا جميعا فى عمل أحدهما كأنهما اجتمعا جميعا فى دمشق ، فإن قاضى دمشق لا يعمل بما أخبره به قاضى مصر لأنه يخبره فى غير عمله ، وهل يعمل قاضى مصر بما أخبره به قاضى دمشق إذا رجع إلى مصر ؟ فيه وجهان بناء على القاضى : هل له أن يقضى بعلمه ؟ على روايتين ، لأن قاضى دمشق أخبره به فى عمله ، ومذهب الشافعى فى هذا كقول القاضى هنا .

(فصل)

إذا ولى الإمام قاضيا ثم مات لم ينعزل ، لأن الخلفاء رضى الله عنهم ولوا حكاما فى زمنهم فلم ينعزلوا بموتهم ، ولأن فى عزله بموت الإمام ضررا على المسلمين فإن البلدان تتعطل من الأحكام وتقف أحكام الناس إلى أن يولى الإمام الثانى حاكما وفيه ضرر عظيم ، وكذلك لا ينعزل القاضى إذا عزل الإمام لما ذكرنا فأما أن عزله الإمام الذى ولاه أو غيره فقيه وجهان :

أحدهما لا ينعزل ، وهو مذهب الشافعى لأنه عقده لمصلحة المسلمين فلم يملك عزله مع سداد حاله ، كما لو عقد النكاح على موليته لم يكن له فسخه

والثانى : له عزله لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لا عزلن أبامريم وأولين رجلا إذا رآه الفاجر فرقه ، فعزله عن قضاء البصرة وولى كعب بن سوار مكانه ، وولى على رضى الله عنه أبى الأسود ثم عزله ، فقال لم عزلتنى وما خنت

ولا جنيت ؟ فقال : إني رأيتك يعلو كلامك على الخصمين ، ولأنه يملك عزل أمراءه وولاته على البلدان ، فكذلك قضائه

وقد كان عمر رضى الله عنه يولى ويعزل ، فعزل شرحبيل بن حسنة عن ولايته في الشام وولى معاوية ، فقال له شرحبيل : أمت جبن عزلتنى أو خبائثه ؟ قال : من كل لا ، ولكن أردت رجلا أقوى من رجل . وعزل خالد بن الوليد وولى أبا عبيدة ، وقد كان يولى بعض الولاة الحكم مع الإمارة ، فولى أبا موسى البصرة قضاءها وامرتها . ثم كان يعزلهم هو ومن لم يعزله عزله عثمان بعده إلا القليل منهم فعزل القاضى أولى ويفارق عزله بموت من ولاه أو عزله لأن فيه ضرراً وهماً لا ضرر فيه لأنه لا يعزل قاضياً حتى يولى آخر مكانه ، ولهذا لا يعزل الوالى بموت الامام وينعزل بعزله ، وقد ذكر ابو الخطاب في عزله بالموت أيضاً وجهين ، والاولى إن شاء الله تعالى ما ذكرناه

فأما ان تغيرت حال القاضى بفسق أو زوال عقل أو مرض يمنعه من القضاء أو اختل فيه بعض شروطه فإنه ينعزل بذلك ويتعين على الامام عزله وجهاً واحداً

فصل

وللامام تولية القضاء في بلده وغيره ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ولى عمر ابن الخطاب القضاء وولى علياً ومعاذاً ، وقال عثمان بن عفان لابن عمر : ان أباك قد كان يقضى وهو خير منك . قال : ان أبى قد كان يقضى وان أشكل عليه شىء سأل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث . رواه عمر بن شبة في كتاب قضاء البصرة .

وروى سعيد في سننه عن عمرو بن العاص قال : جاء خصيان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لى : يا عمرو اقض بينهما ، قلت : أنت أولى بذلك منى يا رسول الله ، قال : ان أصبت القضاء بينهما فلك عشر حسنات ، وان أخطأت فلك حسنة ، وعن عقبة بن عامر مثله ، ولأن الامام يشتغل بأشياء كثيرة من مصالح المسلمين فلا يتفرغ للقضاء بينهم ، فإذا ولى قاضياً استحسب أن يجعل له أن يستخلف لأنه قد يحتاج الى ذلك ، فإذا أذن له فى الاستخلاف جاز له بلاخلاف نعلمه ، وان نهاه عنه لم يكن له أن يستخلف لأن ولايته بإذنه فلم يكن له مانهاه

عنه كالوكيل ، وان أطلق فله الاستخلاف ، ويحتمل أن لا يكون له ذلك ، لأنه يتصرف بالإذن ، فلم يكن له ما لم يأذن فيه كالوكيل . ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان .

ووجه الاول : أن الغرض من القضاء الفصل بين المتخاصمين ، فإذا فعله بنفسه أو غيره جاز كالأذن له ويفارق التوكيل لأن الإمام يولى القضاء المسلمين لا لنفسه بخلاف التوكيل ، فان استخلف في موضع ليس له الاستخلاف لحكمه حكم من لم يول .

(فصل) ويجوز أن يولى قاضياً عموم النظر في خصوص العمل فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى إليه من غير سكانه ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل فيقول : جعلت اليك الحكم في المدائبات خاصة في جميع ولايتي ، ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال نحو أن يقول : احكم في المائة فما دونها ، فلا ينفذ حكمه في أكثر منها . ويجوز أن يوليه عموم النظر في عموم العمل وخصوص النظر في خصوص العمل .

ويجوز أن يولى قاضيين وثلاثة في بلد واحد يجعل لكل واحد عملاً فيولى أحدهم عقود الأنكحة والآخر الحكم في المدائبات وآخر النظر في العقار ، ويجوز أن يولى كل واحد منهم عموم النظر في ناحية من نواحي البلد ، فان قلده قاضيين أو أكثر عملاً واحداً في مكان واحد ففيه وجهان . أحدهما : لا يجوز . اختاره أبو الخطاب وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه يؤدي إلى إيقاف الحكم والخصومات لأنها يختلفان في الاجتهاد ويرى أحدهما ما لا يرى الآخر . والآخر يجوز ذلك وهو قول أصحاب أبي حنيفة وهو أصح إن شاء الله تعالى ، لأنه يجوز أن يستخلف في البلدة التي هو فيها فيكون فيها قاضيان ؛ فجاز أن يكون فيها قاضيان أصليان ، ولأن الغرض فصل الخصومات وإيصال الحق إلى مستحقه وهذا يحصل فأشبه القاضي ، ولأنه يجوز للقاضي أن يستخلف خليفته في موضع واحد فالإمام أولى لأن توليته أقوى .

وقولهم : يفضى إلى إيقاف الحكومات غير صحيح فان كل حاكم يحكم

باجتهاده بين المتخاصمين إليه وليس الآخر الاعتراض عليه ولا نقض حكمه فيما خالف اجتهاده .

(فصل) وإذا قال الامام : من نظر في الحكم من فلان وفلان فقد وليته لم تنعقد الولاية لمن نظر لأنه علقها على شرط ولم يعين بالولاية أحدا منهم ، ويحتمل أن تنعقد الولاية لمن نظر ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أميركم زيد فإن قتل فأمركم جعفر ، فإن قتل فأمركم عبد الله بن رواحة ، فعلى ولاية الامارة على شرط فكذلك ولاية الحكم

وإن قال : وليت فلانا وفلانا فأيهما نظر فهو خليفة ، انعقدت الولاية لمن نظر منهم لأنه عقد الولاية لهما جميعا .

(فصل) ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه ، وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا لأن الله تعالى قال (فاحكم بين الناس بالحق) والحق لا يتعين في مذهب . وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب . فإن قلده على هذا الشرط بطل الشرط ، وفي فساد التولية وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع .

(فصل) وإن فوض الامام الى إنسان تولية القضاء جاز ، لأنه يجوز أن يتولى ذلك فجاز له التوكيل فيه كالبيع ، وإن فوض إليه اختيار قاض جاز ولا يجوز له اختيار نفسه ولا والده ولا ولده ، كما لو وكله في الصدقة بما لم يجوز له أخذه ولا دفعه إلى هذين ، ويحتمل أنه يجوز له اختيارهما إذا كانا صالحين للولاية لأنهما يدخلان في عموم من أذن له في الاختيار منه مع أهليتهما فأشبهها الاجانب

(فصل)

وليس للحاكم أن يحكم لنفسه كما لا يجوز أن يشهد لنفسه ، فإن عرضت له حكومة مع بعض الناس جاز أن يحاكمه الى بعض خلفائه أو بعض رعيته ، فإن عمر حاكم أبيا الى زيد : وحاكم رجلا عراقيا الى شريح : وحاكم على اليهودي الى شريح ، وحاكم عثمان طلحة الى جبير بن مطعم ، فإن عرضت حكومة لوالديه أو ولده أو من لا تقبل شهادته له ففيه وجهان :

أحدهما لا يجوز له الحكم فيها بنفسه ، وإن حكم له لم ينفذ حكمه ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لأنه لا تقبل شهادته له فلم ينفذ حكمه له بنفسه .
والثاني : ينفذ حكمه ، اختاره أبو بكر وهو قول أبي يوسف وابن المنذر وأبي ثور لأنه حكم لغيره أشبه الأجانب . وعلى القول الأول متى عرضت لهؤلاء حكومة حكم بينهم الإمام أو حاكم آخر أو بعض خلفائه ، فإن كانت الحكومة بين والديه أو ولديه أو والده وولده لم يجز له الحكم بينهما على أحد الوجهين لأنه لا تقبل شهادته لأحدهما على الآخر فلم يجز الحكم بينهما كما لو كان خصمه أجنبيا وفي الآخر يجوز ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنها سواء عنده فارتفعت تهمة الميل فأشبهها الاجنبيين .

(فصل)

وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكاه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما ، وبهذا قال أبو حنيفة وللشافعي قولان أحدهما لا يلزمهما حكمه إلا بتراضيهما ، لأن حكمه إنما يلزم بالرضا به ولا يكون الرضى إلا بعد المعرفة بحكمه .

ولنا ما روى أبو شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : إن الله هو الحكم فلم تركني أبا الحكم ، قال إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني لحكمت بينهم ورضي على الفريقان . قال ما أحسن هذا ، فمن أكبر ولدك ؟ قال شريح . قال فانت أبو شريح ، أخرجه النسائي

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون ، ولولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه هذا الذم ، ولأن عمر وأيا تحاكما إلى زيد ، وحاكم عمر أعرابيا إلى شريح قبل أن يوليه ، وتحاكم عثمان وطاحه إلى جبير بن مطعم ولم يكونوا قضاة

فإن قيل : فعمرو وعثمان كانا إمامين فإذا ردا الحكم إلى رجل صار قاضيا . قلنا لم ينقل عنها إلا الرضا بتحكيمه خاصة ، وبهذا لا يصير قاضيا ، وما ذكره يبطل بما إذا رضى بتصرف وكيله فإنه يلزمه قبل المعرفة به .

إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض به حكم من له ولاية ،

وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : للحاكم نقضه إذا خالف رأيه لأن هذا عقد في حق الحاكم فملك فسخه كالعقد الموقوف في حقه .

ولنا أن هذا حكم صحيح لازم فلم يجوز فسخه لمخالفته رأيه كحكم من له ولاية ، وما ذكره غير صحيح فإن حكمه لازم للخصمين فكيف يكون موقوفاً ؟ ولو كان كذلك لملك فسخه وإن لم يخالف رأيه ، ولا نسلم الوقوف في العقود إذا ثبت هذا فإن لكل واحداً من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم لأنه لا يثبت إلا برضاه ، فأشبه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف وإن رجع بعد شروعه ففيه وجهان . أحدهما له ذلك لأن الحكم لم يتم أشبه قبل الشروع . والثاني : ليس له ذلك لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم مالا يوافق رجوعه فبطل المقصود به

(فصل)

قال القاضي : وينفذ حكم من حكمه في جمع الأحكام إلا أربعة أشياء : النكاح واللعان والقذف والقصاص : لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها فاختص الإمام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه . وقال أبو الخطاب : ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها ، ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وإذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتاباً إلى قاض من قضاة المسلمين لزمه قبوله وتنفيذ كتابه لأنه حاكم نافذ الأحكام فلزم قبول كتابه كحكم الإمام .

« مسألة ، قال (ويحكم على الغائب إذا صح الحق عليه) »

وجملته أن من ادعى حقاً على غائب في بلد آخر وطلب من الحاكم سماع البينة والحكم بها عليه فعلى الحاكم إجابته إذا كملت الشرائط وبهذا قال شبرمة ومالك والأوزاعي والليث وسوار وأبو عبيد وإسحاق وابن المنذر ، فكان شريح لا يرى القضاء على الغائب . وعن أحمد مثله ، وبه قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة وأصحابه . وروى ذلك عن القاسم والشعبي ، إلا أن أبا حنيفة قال : إذا كان له خصم حاضر من وكيل أو شفيع جاز الحكم عليه ، واحتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعلي ، إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض الأول حتى

تسمع كلام الآخر فانك تدري بما تقتضى، قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح ،
ولانه قضاء لاجد الخصمين وحده فلم يجز كالمو كان الآخر فى البلد ، ولانه يجوز أن
يكون للغائب ما يبطل البينة ويقدر فيها فلم يجز الحكم عايه

ولنا أن هذا قالت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى
ما يكفينى وولدى ؟ قال دخذى ما يكفيك وولدك بالمعروف ، متفق عليه فقضى
لها ولم يكن حاضراً ، ولان هذا له بينة مسموعة عادلة فجاز الحكم بها كما لو كان
الخصم حاضراً ، وقد وافقنا أبو حنيفة فى سماع البينة ، ولان ما تأخر عن سؤال
المدعى اذا كان حاضرا يقدم عليه اذا كان غائبا كسماع البينة .

وأما حديثهم فنقول به اذا تقاضى اليه رجلان لم يجز الحكم قبل سماع
كلامهما وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين ويفارق الحاضر الغائب ، فان البينة
لا تسمع على حاضر الا بحضورته والغائب بخلافه .

وقد ناقض أبو حنيفة أصله فقال : اذا جاءت امرأة فادعت أن لها زوجا
غائبا وله مال فى يد رجل وتحتاج الى النفقة فاعترف لها بذلك فان الحاكم يقضى
عليه بالنفقة . ولو ادعى رجل على حاضر انه اشترى من غائب ما فيه شفعة
وأقام بيته بذلك حكم له بالبيع والاخذ بالشفعة ، ولو مات المدعى عليه فحضر
بعض ورثته أو حضر وكيل الغائب وأقام المدعى بيته بذلك حكم له بما ادعاه .

اذا ثبت هذا فانه ان قدم الغائب قبل الحكم وقف الحكم على حضوره ، فان
خرج الشهود لم يحكم عليه وان استنظر الحاكم أجله ثلاثا فان جرحهم والا حكم
عليه ، وان ادعى القضاء أو الإبراء فكانت له بيته برىء والا حلف المدعى
وحكم له ، وان قدم بعد الحكم فخرج الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم
وان جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقا لم يبطل الحكم ولم يقبله الحاكم ،
لانه يجوز أن يكون بعد الحكم فلا يقدر فيه ، وان طالب التأجيل أجل
ثلاثا فان جرحهم والا نفذ الحكم ، وان ادعى القضاء أو الإبراء فكانت له به
بيته والا حلف الآخر ونفذ الحكم

(فصل) لا يقضى على الغائب الا فى حقوق الأديين فأما فى الحدود التى

تعالى فلا يقضى بها عليه لان مبناها على المساهلة والاسقاط فإن قامت بينة على غائب بسرقة مال حكم بالمال دون القطع .

(فصل) واذا قامت البينة على غائب أو غير مكاف كالصبي والمجنون لم يستحلف المدعى مع بينته في أشهر الروايتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، ولانها بينة عادلة فلم تجب اليمين معها كما لو كانت على حاضر .

والرواية الثانية : يستحلف معها وهو قول الشافعي لانه يجوز أن يكون استوفى ما قامت به البينة أو ملكه العين التي قامت بها البينة ولو كان حاضراً فادعى ذلك لوجبت اليمين فإذا تعذر ذلك منه لغيبته أو عدم تكليفه يجب أن يقوم الحاكم مقامه فيها يمكن دعواه ولان الحاكم مأمور بالاحتياط في حق الصبي والمجنون والغائب لان كل واحد منهم لا يعبر عن نفسه . وهذا من الاحتياط

(فصل)

ظاهر كلام الجرجي : أنه اذا قضى على الغائب بعين سلمت الى المدعى وان قضى عليه بدين ووجد له مال وفي منه فإنه قال في رواية حرب في رجل أقام بينة أن له سهماً من ضيعة في أيدي قوم فتواروا عنه يقسم عليهم شهدوا أو غابوا ويدفع الى هذا حقه لانه يثبت حقه بالبينة فيسلم اليه كما لو كان خصمه حاضراً . ويحتمل أن لا يدفع اليه شيء حتى يقيم كفيلاً أنه متى حضر خصمه وأبطل دعواه فعليه ضمان ما أخذه لتلا يأخذ المدعى ما حكم له به ثم يأتي خصمه فيبطل حجته أو يقيم بينة بالقضاء والابراء أو يملك العين التي قامت بها البينة بعد ذهاب المدعى وغيبته أو موته فيخضع مال المدعى عليه وظاهر كلام أحمد الاول فإنه قال في رجل عنده دابة مسروقة فقال : هي عندي وديعة اذا أقيمت البينة أنها له تدفع الى الذي أقام البينة حتى يجيء صاحب الوديعة فيثبت .

(فصل) فأما الحاضر في البلد أو قريب منه اذا لم يمنع من الحضور فلا يقضى عليه قبل حضوره في قول أكثر أهل العلم ، وقال أصحاب الشافعي في وجه لهم أنه يقضى عليه في غيبته لانه غائب أشبه الغائب عن البلد .

ولنا : أنه أمكن سؤاله فلم يجز الحكم عليه قبل سؤاله كحاضر مجلس الحاكم ويفارق الغائب البعيد فإنه لا يمكن سؤاله ، فإن امتنع من الحضور أو توارى فظاهر كلام أحمد جواز القضاء عليه لما ذكرنا عنه في رواية حرب

وروى عنه أبو طالب في رجل وجد غلامه عند رجل فأقام البيعة أنه غلامه فقال الذي عنده الغلام أودعني هذا رجل ، فقال أحمد : أهل المدينة يقضون على الغائب يقولون إنه لهذا الذي أقام البيعة ، وهو مذهب حسن وأهل البصرة يقضون على غائب يسمونه الأعذار ، وهو إذا ادعى على رجل ألفا وأقام البيعة فاختنى المدعى عليه يرسل إلى بابه فينادى الرسول ثلاثا ، فإن جاء وإلا قد أعذروا إليه ، فهذا يقوى قول أهل المدينة وهو معنى حسن

وقد ذكر الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب أنه يقضى على الغائب الممتنع ، وهو قول الشافعي ، لأنه تعذر حضوره وسؤاله فجاز القضاء عليه ، كالغائب البعيد ، بل هذا أولى لأن البعيد معذور وهذا لا عذر له . وقد ذكرنا فيما تقدم شيئا من هذا .

كتاب القسمة

الأصل في القسمة قول الله تعالى (ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر) وقوله تعالى (وإذا حضر القسمة أولو القربى) الآية . وقول النبي صلى الله عليه وسلم : الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . وقسم النبي صلى الله عليه وسلم خيبر على ثمانية عشر سهما ، وكان يقسم الغنائم .

وأجمعت الأمة على جواز القسمة ، ولأن الناس حاجة إلى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على إثارة ، ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي .

« مسألة ، قال (وإذا أتاه شريكان في ربع أو نحوه فسألاه أن يقسمه بينهما قسمه وأثبت في القضية بذلك أن قسمه إياه بينهما كان عن إقرارهما لا عن بينة شهدت لهما بملكهما)

إذا ثبت هذا فإن الشريكين في أي شيء كان ربعا أو غيره ، والربع هو العقار من الدور ونحوها إذا طلبا من الحاكم أن يقسمه بينهما أجاها اليه ، وإن لم يثبت عنده ملكهما ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد .
وقال أبو حنيفة : إن كان عقارا نسبوه إلى ميراث لم يقسمه حتى يثبت الموت والورثة لأن الميراث باق على حكم ملك الميت فلا يقسمه احتياطا للميت . وأما ما عدا العقار يقسمه ، وإن كان ميراثا لأنه يور ويهلك وقسمته تحفظه ، وكذا العقار الذي لا ينسب إلى الميراث ، وظاهر قول الشافعي أنه لا يقسم عقارا كان أو غيره ما لم يثبت ملكهما لأن قسمه بقولهم لو رفع بعد ذلك إلى حاكم آخر يستسهله أن يجعله حكما لهم ولعله يكون لغيرهم .

ولنا أن اليد تدل على الملك ولا منازع لهم فيثبت لهم من طريق الظاهر ، ولهذا يجوز لهم التصرف ويجوز شراؤه منهم وإتباعه واستتجاره ، وما ذكره الشافعي يتدفع إذا ثبت في القضية أني قسمته بينهم بإقرارهم لا عن بينة شهدت لهم

بملككم وكل ذى حجة على حجته ، وما ذكره أبو حنيفة لا يصح لأن الظاهر ملككم ولا حق للبيت فيه إلا أن يظهر عليه دين وما ظهر والأصل عدمه ، ولهذا اكتفينا به في غير العقار وفيما لم ينسبوه إلى الميراث .

(فصل) وتجوز قسمة المكيلات والموزونات من المطعومات وغيرها ، لأن جواز قسمة الأرض مع اختلافها يدل على جواز قسمة مالا يختلف بطريق التنبية وسواء في ذلك الحبوب والثمار والنورة والاشنان والحديد والرصاص ونحوها من الجامدات والعصير والحل والابن والعسل والسمن والدبس والزيت والرب ونحوها من المائعات ، وسواء قلنا إن القسمة بيع أو إفراز حق ، لأن بيعه جائز وإفرازه جائز ، فإن كان فيها أنواع كخنطة وشعير وتمر وزبيب فطلب أحدهما قسمها كل نوع على حدته أجبر الممتنع ؛ وإن طلب قسمها أعيانا بالقيمة لم يجبر الممتنع لأن هذا بيع نوع بنوع آخر فليس بقسمة فلم يجبر عليه كغير الشريك ، فإن تراضيا عليه جاز وكان بيعا يعتبر فيه التقابض قبل التفرق فيما يعتبر التقابض فيه وسائر شروط البيع

(فصل) فإن كان بينها ثياب أو حيوان أو أواني أو خشب أو عمد أو أحجار فاتفقا على قسمتها جاز ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم الغنائم يوم بدر ويوم حنين ويوم خيبر ، وهي تشتمل على أجناس من المال ؛ وسواء اتفقا على قسمة كل جنس بينهما أو على قسمتها أعيانا بالقيمة ، وإن طلب أحدهما قسمة كل نوع على حدته وطلب الآخر قسمته أعيانا بالقيمة قدم قول من طلب قسمة كل نوع على حدته إذا أمكن ، وإن طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وكان عمالا يمكن قسمته إلا بأخذ عوض عنه من غير جنسه ، أو قطع ثوب في قطعه نقص أو كسر إناء أو رد عوض لم يجبر الممتنع ، وإن أمكن قسمة كل نوع على حدته من غير ضرر ولا رد عوض فقال القاضي يجبر الممتنع ؛ وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ وهو قول أبي الخطاب ، لا أعرف في هذا عن إمامنا رواية ، ويحتمل أن لا يجبر الممتنع ، وهو قول ابن خيران من أصحاب الشافعي ، لأن هذا إنما يقسم أعيانا بالقيمة فلم يجبر الممتنع عليه كما لا يجبر على قسمة الدور بأن يأخذ هذا داراً

وهذا داراً وكالجنسين المختلفين ، ووجه الاول أن الجنس الواحد كالدار الواحدة وليس اختلاف الجنس الواحد في القيمة بأكثر من اختلاف قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة ؛ فان أرض القرية تختلف — سيما اذا كانت ذات أشجار مختلفة وأراض متنوعة ، والدار ذات بيوت واسعة ، وضيقة وحديثة وقديمة ، ثم هذا الاختلاف لم يمنع الاجبار على القسمة كذلك الجنس الواحد ، وفارق الدور فانه أمكن قسمة كل دار على حدتها ، وههنا لا يمكن قسمة كل ثوب منها أو اناء على حدته ، وان كانت الثياب أنواعا كالحرير والقطن والكتان فهي كالاجناس ، وكذلك سائر الاموال ، والحيوان كغيره من الاموال ويقسم النوع الواحد منه ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد

وقال أبو حنيفة : لا يقسم الرقيق قسمة اجبار لانه يختلف منافعه ويقصد منه العقل والدين والفطنة ، وذلك لا يقع فيه التعديل

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم جزأ العبيد الذين اعتقهم الانصارى في مرضه ثلاثة أجزاء ، ولانه نوع حيوان يدخله التقويم فجازت قسمته كسائر الحيوان ؛ وما ذكره غير صحيح لان القيمة تجمع ذلك وتعد له كسائر الاشياء المختلفة

(فصل) والقسمة افراز حق وتميز أحد النصيبين من الآخر وليست بيعا ، وهذا أحد قولى الشافعي . وقال في الاخر هي بيع ، وحكى عن ابي عبد الله بن بطة لانه يبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر ، وهذا حقيقة البيع . ولنا انها لا تفتقر الى لفظ التملك ولا تجب فيها الشفعة ويدخلها الاجبار وتلزم باخراج القرعة ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر ، والبيع لا يجوز فيه شيء من ذلك ، ولانها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها فلم تكن بيعا كسائر العقود ، وفائدة الخلاف أنها اذا لم تكن بيعا جازت قسمة الثمار خرصا والمكيل وزنا والموزون كيلا والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض في البيع ولا يحث اذا حلف لا يبيع بها ، واذا كان العقار أو نصفه وقفها جازت القسمة

وان قلنا هي بيع انعكست هذه الاحكام ، هذا اذا خلت من الرد فان كان فيها رد عوض فهي بيع لان صاحب الرد يبذل المال عوضا عما حصل له من مال شريكه ، وهذا هو البيع فان فعلا ذلك في وقف لم يجز لان بيعه غير جائز ،

وان كان بعضه وقفاً وبعضه طلقاً والرد من صاحب الطلق لم يجز لانه يشترى بعض الوقف فإن كان من أهل الوقف جاز لانهم يشترون بعض الطلق وذلك جائز .
 (فصل) وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعاً ولا تقبل إذا كان بأجرة وبهذا قال الاصطخري : وقال أبو حنيفة : تقبل وان كان بأجرة لانه لا يلحقه تهمة فقبل قوله كالمرضعة . وقال الشافعي : لا تقبل لانه شهد على فعل نفسه الذي يوجب تعديله فلم تقبل كشهادة القاضي المعزول على حكمه .
 ولنا : أنه شهد بما لا نفع له فيه فقبل كالأجنبي ، وإذا كان بأجرة لم يقبل لانه متهم لكونه يوجب الأجرة لنفسه وهذا نفع فتكون شهادته لنفسه وقول الشافعي أنه يوجب تعديله ممنوع ولا نسلم لهم ما ذكروه في الحكم .

« مسأله ، قال (ولو سأل أحدهما شريكه مقاسمته فامتنع أجبره الحاكم على ذلك اذا أثبت عنده ملكها وكان مثله ينقسم وينتفعان به مقسوماً) .

أما إذا طلب أحدهما القسمة فامتنع الآخر لم يخل من حالين . أحدهما : يجبر الممتنع على القسمة وذلك إذا اجتمع ثلاثة شروط .

أحدها . أن يثبت عند الحاكم ملكهما بيئته لان في الإيجابار على القسمة حكماً على الممتنع منها فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضى فإنه لا يحكم على أحدهما إنما يقسم بقولهما ورضاهما .

الشرط الثاني : أن لا يكون فيها ضرر فان كان فيها ضرر لم يجبر الممتنع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » رواه ابن ماجه ، ورواه مالك في موطئه مرسلاً ، وفي لفظ « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن لا ضرر ولا ضرار » .

الشرط الثالث : أن يمكن تغديل السهام من غير شيء يجعل منها فان لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع لأنها تصير بيعاً والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين . ومثال ذلك : أرض قيمتها مائة فيها شجرة أو بئر تساوي مائتين . فإذا جعلت الأرض سهماً كانت الثلث فيحتاج أن يجعل معها خمسين يردها عليه من لم يخرج له البئر أو الشجرة ليكونا نصفين متساويين فهذه فيها بيع . ألا ترى أن أخذ الأرض قد باع نصيبه من

الشجرة أو البئر بالثمن الذي أخذه والبيع لا يجبر عليه لقول الله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)

فإذا اجتمعت الشروط الثلاثة أجبر الممتنع منها على القسمة لأنها تتضمن إزالة ضرر الشركة عنها وحصول النفع لها ، لأن نصيب كل واحد منها إذا تميز كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ، ويتمكن من إحداث الغراس والبناء والزرع والساقية والاجارة والعارية ولا يمكنه ذلك مع الاشتراك فوجب أن يجبر الآخر عليه لقوله عليه السلام : لا ضرر ولا ضرار ،

إذا ثبت هذا فقد اختلفوا في الضرر المانع من القسمة ، ففي قول الحرقى وهو ما لا يمكن معه انتفاع أحدهما بنصيبه مفرداً فيها كان ينتفع به مع الشركة ، مثل أن تكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منها موضعاً ضيقاً لا ينتفع به ، ولو أمكن أن ينتفع به في شيء غير الدار ولا يمكن أن ينتفع به داراً لم يجبر على القسمة أيضاً لأنه ضرر يجري مجرى الاتلاف

وعن أحمد رواية أخرى : أن المانع هو أن تنقص قيمة نصيب أحدهما بالقسمة عن حال الشركة سواء انتفعوا به مقسوماً أو لم ينتفعوا

وقال القاضي : هذا ظاهر كلام أحمد لأنه قال في رواية الميموني : إذا قال بعضهم يقسم وبعضهم لا يقسم ، فإن كان فيه نقصان من ثمنه بيع وأعطوا الثمن فاعتبر نقصان الثمن ، وهذا ظاهر كلام الشافعى لأن نقص قيمته ضرر والضرر منقضى شرعاً وقال مالك : يجبر الممتنع وإن استضر قياساً على ما لا ضرر فيه ولا يصح لتوله عليه السلام : لا ضرر ولا ضرار ، ولأن في قسمته ضرراً فلم يجبر عليه كقسمة الجوهرة بكسرها ، ولأن في قسمته اضاعة المال وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعته ، ولا يصح القياس على ما لا ضرر فيه لما بينهما من الفرق

فإن كان أحد الشريكين يستضر بالقسمة دون الآخر ، كرجلين بينهما دار لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها فإذا قسمها استضر صاحب الثلث لكونه لا يحصل له ما يكون داراً ولا يستضر الآخر لأنه يبقى له ما يصير داراً مفردة فطلب صاحب الثلثين القسمة لم يجبر الآخر عليها ، ذكره أبو الخطاب وهو ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل قال : كل قسمة فيها ضرر لا أرى قسمتها ، وهذا قول ابن أبي ليلى وأبي ثور

وقال القاضى : يجبر الآخر عليها ، وهو قول الشافعى وأهل العراق لانه طلب افراد نصيبه الذى لا يستضر بتمييزه فوجبت إجابته اليه ، كما لو كانا لا يستضران بالقسمة

ولنا قول النبی صلى الله عليه وسلم ، لا ضرر ولا ضرار ، ولانها قسمة يستضر بها صاحبه فلم يجبر عليها كما لو استضررا معا ولان فيه اصناعه المال ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اصناعته ، وإذا حرم عليه اصناعته ماله فاصناعته مال غيره أولى .

وقد روى عمرو بن جميع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ، لا تعصبة على أهل الميراث الا ما حصل القسم ، قال ابو عبيدة : هو أن يخلف شيئا اذا قسم كان فيه ضرر على بعضهم أو عليهم جميعا ، ولاننا اتفقنا على أن الضرر مانع من القسمة وأن الضرر فى حق أحدهما مانع ، ولا يجوز ان يكون المانع هو ضرر الطالب لانه مرضى به من جهته فلا يجوز كونه مانعا كما لو تراضيا عليها مع ضررهما أو ضرر أحدهما فتعين الضرر المانع فى جهة المطلوب ، ولانه ضرر غير مرضى به من جهة صاحبه فمنع القسمة كما لو استضررا معا ، وان طلب القسمة المستضر بها كصاحب الثلث فى المسألة المفروضة أجبر الآخر عليها ، هذا مذهب أبى حنيفة ومالك لانه طلب دفع ضرر الشركة عنه بأمر لا ضرر على صاحبه فيه فأجبر عليه كما لا ضرر فيه

يحققه ان ضرر الطالب مرضى به من جهته فسقط حكمه ، والآخر لا ضرر عليه فصار كما لا ضرر فيه ، وذكر أصحابنا أن المذهب انه لا يجبر الممتنع على القسم لنهى النبي (ص) عن اصناعه المال ، ولان طلب القسمة من المستضر سفه فلا تجب إجابته الى السفه ، قال الشريف : متى كان أحدهما يستضر لم تجب القسمة وقال أبو حنيفة : متى كان أحدهما ينتفع بها وجبت ، وقال الشافعى : ان انتفع بها الطالب وجبت وان استضر بها الطالب فعلى وجهين ، وقال مالك : تجب على كل حال ، ولو كانت دار بين ثلاثة لا حدم نصفها وللآخرين نصفها لكل واحد منهما ربعها فاذا قسمت استضر كل واحد منهما ولا يستضر صاحب النصف فطلب صاحب النصف القسمة وجبت إجابته لانه يمكن قسمتها نصفين فيصير حقهما لهما

دارا وله النصف فلا يستضر أحد منهما ويحتمل أن لا تجب عليهما الإجابة لأن كل واحد منهما يستضر بإفراز نصيبه ، وإن طلبا المقاسمة فامتنع صاحب النصف أجبر لأنه لا ضرر على واحد منهم وإن طلبا إفراز نصيب كل واحد منهما أو طلب أحدهما إفراز نصيبه لم تجب القسمة على قياس المذهب لأنه إضرار بالطالب وسفه وعلى الوجه الذى ذكرناه تجب القسمة لأن المطلوب منه لا ضرر عليه

الحال الثانى : الذى لا يجبر أحدهما على القسمة وهى ما إذا عدم أحد الشروط الثلاثة فلا تجوز القسمة الا برضاها وتسمى قسمة التراضى وهى جائزة مع اختلاف الشروط كلها لأنها بمنزلة البيع والمناقلة وبيع ذلك جائز .

(فصل) إذا كانت دار بين اثنين سفلها وعلوها فإذا طلبا قسمها نظرت فإن طلب أحدهما قسمة السفل والعلو بينهما ولا ضرر فى ذلك أجبر الآخر عليه لأن البناء فى الأرض يجرى مجرى الخرس فيتبعها فى البيع والشفعة ثم لو طلب قسمة أرض فيها غراس أجبر شريكه عليه كذلك البناء ، وإن طلب أحدهما جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر ويقرر بينهما لم يجبر عليه الآخر لثلاثة معان .

أحدها : أن العلو يتبع للسفل ولهذا إذا بيعا تثبت الشفعة فيهما وإذا أفرد العلو بالبيع لم تثبت فيه الشفعة وإذا كان تبعا له لم يجعل المتبوع سهمما والتبع سهمما فيصير التبع أصلا .

الثانى : أن السفل والعلو يجريان مجرى الدارين المتلاصقتين لأن كل واحد منهما يسكن منفردا ولو كان بينهما داران لم يكن لأحدهم المطالبة بجعل كل دار نصيبا كذا ههنا .

الثالث : أن صاحب القرار يملك قرارها وهواها فإذا جعل السفل نصيبا انفرد صاحبه بالهواء وليست هذه قسمة عادلة وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة يقسمه الحاكم يجعل ذراعا من السفل بذراعين من العلو ، وقال أبو يوسف : ذراع بذراع وقال محمد : يقسمها بالقيمة واحتجوا بأنها دار واحدة فإذا قسمها على ما يراه جاز كالتى لا علو لها .

ولنا ما ذكرناه من المعانى الثلاثة وفيها رد ما ذكرناه : وما يذكره من كيفية القسمة تحكم وبعضه يرد بعضا ، وإن طلب أحدهما قسمة العلو وحده أو السفل

وحده لم يجب إليه . لأن القسمة تراد للتمييز ومع بقاء الاشاعة في أحدهما لا يحصل التمييز وإن طلب قسمة السفلى منفرداً أو العلو منفرداً لم يجب إليه لأنه قد يحصل لكل واحد منهما علو سفلى الآخر فيستضر كل واحد منهما ولا يتميز الحقان .

(فصل) وإذا كان بينهما دار أو خان كبير فطلب أحدهما قسمة ذلك ولا ضرر في قسمته أجبر الممتنع على القسمة وتفرد بغض المساكن عن بعض وإن كثرت المساكن ، وإن كان بينهما داران أو خانان أو أكثر فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه في إحدى الدارين أو أحد الخانين ويجعل الباقي نصيباً لم يجبر الممتنع ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد إذا رأى الحاكم ذلك فله فعله سواء تقاربنا أو تفرقتا لأنه أنفع وأعدل .

وقال مالك : إن كانتا متجاورتين أجبر الممتنع من ذلك عليه لأن المتجاورتين تتقارب منفعتيهما بخلاف المتباعدتين ، وقال أبو حنيفة : إن كانت إحداهما أحجرة الأخرى أجبر الممتنع وإلا فلا لأنها يجريان مجرى الدار الواحدة .

ولنا : أنه نقل حقه من عين إلى عين أخرى فلم يجبر عليه كالمترقين على ملك وكألو لم تكن حجة بها مع أبي حنيفة وكألو كانتا داراً ودكاناً مع أبي يوسف ومحمد ، والحكم في الدكاكين كالحكم في الدور وكألو كانت لها عضائد صغار لا يمكن قسمة كل واحدة منها منفردة لم يجبر الممتنع من قسمها عليها .

(فصل) فإن كانت بينهما أرض واحدة يمكن قسمتها ويتحقق فيها الشروط التي ذكرناها أجبر الممتنع على قسمها سواء كانت فارغة أو ذات شجر وبناء فإن كان فيها نخل وكرم وشجر مختلف وبناء فطلب أحدهما قسمة كل عين على حدتها وطلب الآخر قسمة الجميع بالتعديل بالقيمة . فقال أبو الخطاب . تقسم كل عين على حدتها وكذلك كل مقسوم إذا أمكنت التسوية بين الشريكين في جيده ورديته كان أولى ونحو هذا قال أصحاب الشافعي فأنهم قالوا إذا أمكنت التسوية بين الشريكين في جيده ورديته بأن يكون الجيد في مقدمها والردىء في مؤخرها فإذا قسمناها صار لكل واحد من الجيد والردىء مثل ما للآخر وجبت القسمة وأجبر الممتنع عليها ، وإن لم تكن القسمة هكذا بأن تكون العمارة أو الشجر والجيد لا يمكن قسمته وحده وأمكن التعديل بالقيمة عدلت بالقيمة وأجبر الممتنع من القسمة عليها

وقال الشافعي في أحد القولين : لا يجبر الممتنع من القسمة عليها . وقالوا : إذا كانت الأرض ثلاثين جريبا قيمة عشرة أجرة منها كقيمة عشر لم يجبر الممتنع من القسمة عليها لتعذر التساوي في الزرع ، ولأنه لو كان حقلان متجاوران لم يجبر الممتنع من القسمة إذا لم يمكن إلا بأن يجعل كل واحد منهما سهما كذا هنا .
ولنا : أنه مكان واحد أمكنت قسمته وتعديله من غير رد عوض ولا ضرر فوجبت قسمته كالدور ، ولأن ما ذكرناه يفضي إلى منع وجوب القسمة في البساتين كلها والدور فانه لا يمكن تساوي الشجر وبناء الدور ومساكنها إلا بالقيمة ولأنه مكان لو بيع بعضه وجبت فيه الشفعة لشريك البائع فوجبت قسمته كما لو أمكنت التسوية بالزرع .

وأما إذا كان بستانان لكل واحد منهما طريق أو حقلان أو داران أو دكانان متجاوران أو متباعدان فطلب أحد الشريكين قسمته بجعل كل واحد بينهما لم يجبر الآخر على هذا سواء كانا متساويين أو مختلفين وهذا ظاهر مذهب الشافعي لأنهما شيطان متميزان لو بيع أحدهما لم تجب الشفعة فيه لمالك الآخر بخلاف البستان الواحد والأرض الواحدة وإن عظمت فانه إذا بيع بعضها وجبت الشفعة لمالك البعض الباقي والشفعة كالقسمة لأن كل واحد منهما يراد لإزالة ضرر الشركة ونقصان التصرف فما لا تجب قسمته لا تجب الشفعة فيه وكذلك ما لا شفعة فيه لا تجب قسمته وعكس هذا ما تجب قسمته تجب فيه الشفعة وما تجب الشفعة فيه تجب قسمته ولأنه لو بدا الإصلاح في بعض البستان كان صلاحا لباقيه وإن كان كبيرا ولم يكن صلاحا لما جاوزه وإن كان صغيرا .

(فصل) وإذا كان في الأرض زرع فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع أجبر الممتنع لأن الزرع في الأرض كالقماش في الدار فلم يمنع القسمة كالقماش وسواء خرج الزرع أو كان بذرا لم يخرج فاذا قسمها بقي الزرع بينهما مشتركا كما لو باعا الأرض لغيرهما وإن طلب أحدهما قسمة الزرع منفردا لم يجبر الآخر عليه لأن القسمة لا بد فيها من تعديل المقسوم ، وتعديل الزرع بالسهم لا يمكن لأنه يشترط بقاؤه في الأرض المشتركة وإن طلب قسمتها مع الزرع وكان قد خرج جاز وأجبر الممتنع عليه سواء كان قصيلا أو اشتد الحب فيه لأن الزرع كالشجر في الأرض

والقسمة إفراز حق وليست بيعاً . وإن قلنا هي بيع لم يجبر إذا اشتد الحب لأنه يتضمن بيع السنبل بعضه ببعض ، ويحتمل الجواز لأن السنبل ههنا دخلت تبعاً للأرض فليست المقصود فأشبهه بيع النخلة المثمرة بمثلها

وقال الشافعي : لا يجبر الممتنع من قسمتها مع الزرع لأن الزرع مودع في الأرض للنقل عنها فلم تجب قسمته معها كالقماش فيها .

ولما أنه نابت فيها للنماء والنفع فأشبهه الغراس ، وفارق القماش فإنه غير متصل بالدار ولا ضرر عليه في نقله ، وإن كان الزرع بذراً في الأرض فقال أصحابنا : لا تجوز قسمته لجهالته وكونه لا يمكن إفرازه ، وهذا مذهب الشافعي ، ويحتمل الجواز لأنه يدخل تبعاً للأرض فلا تضر جهالته كأساسات الحيطان وكذلك لو اشترى أرضاً فيها زرع فاشترطوا ملكه بالشرط وإن كان بذراً مجزئاً .

(فصل)

إذا كانت بينهما أرض قيمتها مائة في أحد جانبيها بئر قيمتها مائة وفي الآخر شجرة قيمتها مائة عدلت بالقيمة وجعلت البئر مع نصف الأرض نصيباً والشجرة مع النصف الآخر نصيباً ، فإن كانت بين ثلاثة أو أكثر نظرت في الأرض فإن كانت قيمتها مائة أو أقل لم تجب القسمة لأنها إذا كانت أقل لم يمكن التعديل إلا بقسمة البئر والشجرة وذلك مما لا تجب قسمته .

وإن كانت قيمتها مائة فجعلناها سهماً والبئر سهماً والشجرة سهماً لم يحصل مع البئر والشجرة شيء من الأرض ، فيصير هذا كقسمة الشجر وحده وقسمة ذلك وحده ليست قسمة اجبار ، وإن كانت الأرض كبيرة القيمة بحيث يأخذ بعض الشركاء سهامهم منها ويبقى منها شيء مع البئر والشجرة وجبت القسمة .

ومثاله أن تكون قيمة الأرض مائتين وخمسين فيجعلها مائة وخمسين سهماً ويضم إلى البئر ما قيمته خمسون وإلى الشجرة مثل ذلك فتصير ثلاثة سهام متساوية وفي كل سهم جزء من أجزاء الأرض فتجب القسمة حيثئذ ، وكذلك لو كانوا أربعة وقيمة الأرض أربعين وجبت القسمة لأننا نجعل ثلاثاً منها سهماً ومائة مع البئر والشجرة سهماً فتعدلت السهام

ولو كانت الأرض لاثنتين فأراد قسمة البئر والشجرة دون الأرض لم تكن

قسمة اجبار ، وهكذا الارض ذات الشجر اذا اقتسمها الشجر دون الارض لم تكن قسمة اجبار ، ولو اقتسمها بشجرها كانت قسمة اجبار لان الشجر يدخل تبعا للارض فيصير الجميع كالشيء الواحد ولهذا تجب فيه الشفعة اذا بيع شيء من الارض بشجره ، واذا قسم ذلك دون الارض صار أصلا في القسمة ليس بتابع لشيء واحد فيصير كإعيان مفردة من الدور والدكاكين المتفرقة ، ولهذا لا تجب فيه الشفعة اذا بيع مفرداً ، وكل قسمة غير واجبة اذا تراضيا بها فهي بيع حكمها حكم البيع .

« مسألة ، قال (واذا قسم طرحت السهام فيصير لكل واحد ما وقع سهمه عليه الا أن يتراضيا فيكون لكل واحد ما رضى به)

وجملته أن القسمة على ضربين قسمة اجبار و قسمة تراضى ، وقد ذكرنا أن قسمه الاجبار ما أمكن التعديل فيها من غير رد ولا تخلو من أربعة أقسام :

أحدها : أن تكون السهام متساوية وقيمة أجزاء المقسوم متساوية

الثاني : أن تكون السهام متساوية وقيمة الأجزاء مختلفة

الثالث : أن تكون السهام مختلفة وقيمة الأجزاء متساوية

الرابع : أن تكون السهام مختلفة والقيمة مختلفة

فأما الاول فمثل أرض بين ستة لكل واحد منهم سدسها وقيمة أجزاء الارض متساوية ، فهذه تعدلها بالمساحة ستة أجزاء متساوية لانه يلزم من تعديلها بالمساحة تعديلها بالقيمة لتساوى أجزائها في القيمة ، ثم يقرع بينهم ، وكيفما أقرع بينهم جاز في ظاهر كلام أحمد ، فإنه قال في رواية أبي داود ان شاء رقاعا وان شاء خواتيم ، بطرح ذلك في حجر من لم يحضر ويكون لكل واحد خاتم معين ، ثم يقال : اخرج خاتما على هذا السهم فمن خرج خاتمه فهو له ، وعلى هذا لو أقرع بالحصا أو غيره جاز .

واختار أصحابنا في القرعة أن يكتب رقاعا متساوية بعدد السهام ، وهو هنا مخير بين أن يخرج الاسماء على السهام وبين اخراج السهام على الاسماء ، فإن أخرج الاسماء على السهام كتب في كل رقعة اسم واحد من الشركاء وترك في بنادق طين

أو شمع متساوية القدر والوزن ويترك في حجر من لم يحضر القسمة ، ويقال له اخرج بندقه على هذا السهم فإذا أخرجها كان ذلك السهم لمن خرج اسمه في البندقه ثم يخرج أخرى على سهم آخر كذلك حتى يبقى الأخير فيتعين لمن بقى ، وإن اختار إخراج السهام على الأسماء كتب في الرقاع أسماء السهام فيكتب في رقعة الأول مما يلي جهة كذا وفي أخرى الثاني حتى يكتب الستة ثم يخرج الرقعة على واحد بعينه فيكون له السهم الذى فى الرقعة ، ويفعل ذلك حتى يبقى الأخير فيتعين لمن بقى ، وذكر أبو بكر أن البنادق تجعل طينا وتطرح فى ماء ويعين واحد فأى البنادق انحل الطين عنها وخرجت رقعتها على الماء فهى له ، وكذلك الثانى والثالث وما بعده ، فإن خرج اثنان أعيد الأقراع والأول أولى وأسهل

القسم الثانى : أن تكون السهام متفقة والقيمه مختلفه ، فإن الأرض تعدل بالقيمه وتجعل ستة أسهم متساوية القيمه ، ويفعل فى إخراج السهام مثل الذى قبله سواء لا فرق بينهما ، إلا أن التعديل تم بالسهام وههنا بالقيمه

القسم الثالث : أن تكون القيمه متساويه والسهام مختلفه ، مثل أرض بين ثلاثه لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها وأجزاءها متساوية القيمه ، فإنها تجعل سهامها بقدر أقلها وهو السدس ، فتجعل ستة أسهم وتعدل بالأجزاء ، ويكتب ثلاث رقاع بأسمائهم ويخرج رقعة على السهم الأول فإن خرجت لصاحب السدس أخذه ، ثم يخرج أخرى على الثانى فإن خرجت لصاحب الثلث أخذ الثانى والثالث وكانت الثلاثه الباقيه لصاحب النصف بغير قرعة

وإن خرجت القرعة الثانية لصاحب النصف أخذ الثانى والثالث والرابع ، وكان الخامس والسادس لصاحب الثلث .

وإن خرجت القرعة الأولى لصاحب النصف أخذ الثلاثة الأول وتخرج الثانية على الرابع ، فإن خرجت لصاحب الثلث أخذه والذى يليه وكان السادس لصاحب السدس فإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ الآخر الخامس والسادس ، وإن خرجت الأولى لصاحب الثلث أخذ الأول والثانى ثم يخرج الثانية على الثالث فإن خرجت لصاحب النصف أخذ الثالث والرابع والخامس وأخذ الآخر السادس ، وإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ

صاحب النصف ما بقي ، وقيل تكتب ستة رقاع باسم صاحب النصف ثلاث وباسم صاحب الثلث اثنان وباسم صاحب السدس واحدة ، وهذا لا فائدة فيه فإن المقصود خروج اسم صاحب النصف ، وإذا كتب ثلاث رقاع حصل المقصود فأغنى ، ولا يصح أن يكتب رقاعا بأسماء السهام ويخرجها على أسماء الملاك ، لأنه إذا أخرج واحدة فيها السهم الثاني لصاحب السدس ، ثم أخرج أخرى لصاحب النصف أو الثلث فيهما السهم الأول احتاج أن يأخذ نصيبه متفرقا فيتضرر بذلك القسم الرابع : إذا اختلفت السهام والقيمة فإن القاسم يعدل السهام بالقيمة ويجعلها ستة أسهم متساوية القيم ، ثم يخرج الرقاع فيها الأسماء على السهام كما ذكرنا في القسم الثالث سواء لا فصل بينهما إلا أن التعديل ههنا بالقيم وفي التي قبلها بالمساحة

وأما الضرب الثاني وهي قسمة التراضي التي فيها رد ولا يمكن تعديل السهام إلا أن يجعل مع بعضها عوض فهذه لا إجبار فيها لأنها معاوضة ولا يجبر على المعاوضة ، وكذلك سائر مالا يجب قسمته كالدارين تجعل كل واحدة منهما سهما وما يدخل الضرر عليهما بقسمته وأشباه هذا وقد ذكرنا منه صوراً فيما تقدم . إذا ثبت هذا فإن قسمة الإجبار تلزم بإخراج القرعة لأن قرعة قاسم الحاكم بمنزلة حكمه فيلزم بإخراجها كلزوم حكم الحاكم وأما قسمة التراضي ففيها وجهان :

أحدهما : يلزمه أيضا كقسمة الإجبار لأن القاسم كالحاكم وقرعته كحكمه . والثاني لا تلزم لأنها بيع والبيع يلزم بالتراضي لا بالقرعة ، وإنما القرعة ههنا لتعريف البائع من المشتري .

فأما إن تراضيا على أن يأخذ كل واحد منهما واحداً من السهمين بغير قرعة فإنه يجوز لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما ، وكذلك لو خير أحدهما صاحبه فاختر ويلزم ههنا بالتراضي وتفرقهما كما يلزم البيع .

(فصل) ويجوز للشريكين أن يفتسما بأنفسهما وأن يأتيا الحاكم لينصب بينهما قاسما يقسم لهما وأن ينصبا قاسما يقسم لهما فإن نصب الحاكم قاسما لهما فمن شرطه العدالة ومعرفة الحساب والقيمة والقسمة ليوصل إلى كل ذي حق حقه ، وهذا قول

الشافعي إلا أنه يشترط كونه حرا ، وإن نصبا قاسماً بينهما فكان على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة فهو كقاسم الحاكم في لزوم قسمته بالقرعة وإن كان كافرا أو فاسقا أو غير عارف بالقسمة لم تلزم قسمته إلا بتراضيهما بها ويكون وجوده كعدمه فيما يرجع الى لزوم القسمة ويجزى قاسم واحد فيما لا يحتاج الى تقويم فإن احتاج القسم الى التقويم احتاج الى قاسمين لأنه يحتاج الى أن يكون المقوم اثنين ولا يكفي في التقويم واحد فمضى نصبا قاسما أو نصبه الحاكم وكانت الشروط فيه متحققة لزمت القسمة بقرعته ، وإن اختلف فيه بعض الشروط لم تلزم القسمة إلا بتراضيهما لأن وجوده وعدمه واحد وإن قسما بأنفسهما وأقرعا لم تلزم القسمة إلا بتراضيهما بعد القرعة لأنه لا حاكم بينهما ولا من يقوم مقامه .

(فصل)

وعلى الامام أن يرزق القاسم من بيت المال لأن هذا من المصالح ، وقد روى أن عليا رضي الله عنه اتخذ قاسما وجعل له رزقا من بيت المال فإن لم يرزقه الامام قال الحاكم للتقاسمين ادفعا الى القاسم أجرة ليقسم بينكما فإن استأجره كل واحد منهما بأجر معلوم ليقسم نصيبه جاز وإن استأجره جميعا أجرة واحدة ليقسم بينهم الدار بأجر واحد معلوم لزم كل واحد منهم من الأجر بقدر نصيبه من المقسوم . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يكون عليهم على عدد رؤوسهم لأن عمله في نصيب أحدهما كعمله في نصيب الآخر سواء تساوت سهامهم أو اختلفت فكان الأجر بينهم سواء .

ولنا : أن أجرة القسمة تتعلق بالملك فكان بينهم على قدر الاملاك كنفقة العبد وما ذكرناه لا يصح لأن العمل في أكبر النصيبين أكثر ، ألا ترى أن المقسوم لو كان مكيلا أو موزونا كان كيل الكثير أكثر عملا من كيل القليل ؟ وكذلك الوزن والزرع وعلى أنه يبطل بالحافظ فإن جففت القليل والكثير سواء ويختلف أجره باختلاف المال .

(فصل) وأجرة القسمة بينهما وإن كان أحدهما الطالب لها وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة هي على الطالب للقسمة لأنها له حق .

ولنا أن الأجرة تجب بإفراز الانصباء وهم فيها سواء فكانت الأجرة عليهما
كما لو تراضوا عليها

(فصل) وإذا ادعى أحد المتقاسمين غلطا في القسمة وأنه أعطى دون حقه
نظرت فإن كانت قسمته تلزم بالقرعة ولا تقف على تراضيهما فالقول قول المدعى
عليه مع يمينه ولا تقبل دعوى المدعى إلا بينة عادلة ، فإن أقام شاهدين عدلين
نقضت القسمة وأعيدت وإن لم تكن بينة وطلب يمين شريكه أنه لا فضل معه
أحلف له وإنما قدمنا قول المدعى عليه لأن الظاهر صحة القسمة وأداء الأمانة فيها
وإن كانت مما لا تلزم إلا بالتراضي كالذي قساه بأنفسهما ونحوه لم تسمع دعوى من
ادعى الغلط هكذا قال أصحابنا وهو مذهب الشافعي لأنه قد رضى بذلك ورضاه
بالزيادة في نصيب شريكه تلزمه والصحيح عندى أن هذه كاتى قلبها وأنه متى أقام
البينة بالغلط نقضت القسمة لأن ما ادعاه محتمل ثبت ببينة عادلة فأشبه ما لو شهد
على نفسه بقبض الثمن أو المسلم فيه ثم ادعى غلطا في كيله أو ولانه .

وقولهم : إن حقه من الزيادة سقط برضاه لا يصح فإنه إنما يسقط مع عليه
أما إذا ظن أنه أعطى حقه فرضى بناء على هذا ثم بان له الغلط فلا يسقط به حقه
كالثن والمسلم فيه فإنه لو قبض المسلم فيه بناء على أنه عشرة مكاييل راضيا بذلك ثم
ثبت أنه ثمانية ، أو ادعى المسلم إليه أنه غلط فأعطاه اثني عشر وثبت ذلك ببينة لم
يسقط حق واحد منهما بالرضى ولا يمنع سماع دعواه وبينته ولأن المدعى عليه في
مسألتنا لو أقر بالغلط لنقضت القسمة ولو سقط حق المدعى بالرضا لما نقضت
القسمة بإقراره كالأموه الزائد ، وقد ذكر أصحابنا وغيرهم فيمن باع دارا على أنها
عشرة أذرع فبانت تسعة أو أحد عشر أن البيع باطل في أحد الوجهين . وفي الآخر
تسكون الزيادة للبائع والنقص عليه والبيع إنما يلزم بالتراضي فلو كان التراضي
يسقط حقه من الزيادة لسقط حق البائع من الزيادة وحق المشتري من النقص
والله أعلم .

ولأن من رضى بشيء بناء على ظن تبين خلافه لم يسقط به حقه كما لو اقتسما
شيئا وتراضيا به ثم بان نصيب أحدهما مستحقا . فإن قيل : فلم لا تعطى المظلوم

حقه في هاتين المسألتين ولا تنقض القسمة كما لو تبين الغلط في الثمن أو المسلم فيه قلنا : لأن الغلط ههنا في نفس القسمة بتقويت شرط من شروطها ، وهو تعديل السهام فتبطل لفوات شرطها ، وفي المسلم والثمن الغلط في القبض دون العقد فإن العقد قد تم بشروطه فلا يؤثر الغلط في قبض عوضه في صحته بخلاف مسألتنا .

(فصل - إذا اقتسم الشريكان شيئا فبان بعضه مستحقا نظرت فإن كان معينا في نصيب أحدهما بطلت القسمة ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا تبطل بل يخير من ظهر المستحق في نصيبه بين الفسخ والرجوع بما بقي من حقه ، كما لو وجد عيبا فيها أخذه .

ولنا أنها قسمة لم تعدل فيها السهام فكانت باطلة كما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال ، وأما إذا بان نصيب أحدهما معيبا فيحتمل أن تمنع المسألة ونقول ببطلان القسمة لعدم التعديل بالقيمة . ويحتمل أن يفرق بينهما فإن العيب لا يمكن التحرز منه فلم يؤثر في البطلان كالبيع

وإن كان المستحق في نصيبهما على السواء لم تبطل القسمة ، لأن ما بقي لكل واحد منهما بعد المستحق قدر حقه ، ولأن القسمة إفراد حق أحدهما من الآخر وقد أفرز كل واحد منهما حقه ، إلا أن يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر ، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو ضوءه أو نحو هذا فتبطل القسمة لأن هذا يمنع التعديل .

وإن كان المستحق في نصيب أحدهما أكثر من الآخر بطلت لما ذكرناه ، وإن كان المستحق مشاعا في نصيبهما بطلت القسمة لأن الثالث شريكهما وقد اقتسما من غير حضوره ولا اذنه ، فأشبه ما لو كان لهما شريك يعلمانه فاقتهما دونه ، وإن كانا يعلمان المستحق حال القسمة أو أحدهما فالحكم فيها كما لو لم يعلمان على ما ذكرنا من التفصيل فيه والله أعلم

فصل

وإذا ظهر في نصيب أحدهما عيب لم يعلمه قبل القسمة. فله فسخ القسمة أو الرجوع بأرش العيب لانه نقص في نصيبه فملك ذلك كالمشترى ، ويحتمل ان تبطل القسمة لان التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف البيع

(فصل) واذا اقتسما دارين فآخذ كل واحد منهما دارا وبني فيها أو اقتسما أرضين فبني أحدهما في نصيبه أو غرس ثم استحق نصيبه ونقض بناؤه وقلع غرسه فإنه يرجع على شريكه بنصف البناء والغرس . ذكره الشريف أبو جعفر وحكاه أبو الخطاب عن القاضي .

وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن : ليس له الرجوع عليه بشيء لأنه بني وغرس باختيار نفسه فلم يرجع بنقص ذلك على غيره كما لو بني في ملك نفسه . ولنا أن هذه القسمة بمنزلة البيع فإن الدارين لا يقسمان قسمة اجبار على أن تكون كل واحدة منهما نصيبا ، وإنما يقسمان ذلك بالتراضي فتكون جارية مجرى البيع ، ولو باعه الدار جميعها ثم بانت مستحقة رجوع عليه بالبناء كله فإذا باعه نصفها رجع عليه بنصفه . وكذلك يخرج في كل قسمة جارية مجرى البيع وهي قسمة التراضي الذي فيه رد عوض ومالا يجبر على قسمته لضرر فيه ونحو ذلك فأما قسمة الاجبار إذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا بعد البناء والغرس فيه فنقض البناء وقلع الغرس .

فإن قلنا القسمة بيع فالحكم فيها كذلك ، وإن قلنا ليست بيعا لم يرجع لان شريكه لم يغره ولم ينقل اليه من جهته بيع ، وإنما أفرز حقه من حقه فلم يضمن له ما غرم فيه . هذا الذي يقتضيه قول أصحابنا

(فصل)

واذا اقتسم الورثة تركة الميت ثم بان عليه دين لا وفاء له الا بما اقتسموه لم تبطل القسمة لان تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها لانه تعلق بها بغير رضاهم فأشبهه تعلق دين الجنايه برقبة الجاني ، ويفارق الرهن لان الحق يتعلق به برضا مالكة واختياره ، فعلى هذا يقال للورثة ان شتم وفيتم الدين والقسمة بحالها وان شتم نقضت القسمة وبيعت التركة في الدين ، فإن أجاب أحدهم وامتنع الاخر بيع نصيب الممتنع وحده وبقي نصيب المجيب بحاله . وان كان ثم وصية بجزء من المقسم فالحكم فيه كما لو ظهر مستحقا على ما مر من التفصيل فيه لانه يستحق أخذه . وان كانت الوصية بماله غير معين ، مثل ان يوصى بمائة دينار لحكمها حكم الدين على ما بينا .

(فصل) وإذا طلب أحد الشريكين من الآخر المهايأة من غير قسمة أما في الاجزاء بان يجعل لاحدهما بعض الدار يسكنها أو بعض الحقل يزرعه ويسكن الآخر ويزرع في الباقي، أو يسكن أحدهما ويزرع سنة ويسكن الآخر ويزرع سنة أخرى لم يجبر الممتنع منهما، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يجبر لان في الامتناع منه ضررا فينتفى بقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ووافقنا أبو حنيفة في العبيد خاصة على أنه لا يجبر على المهايأة .

ولنا أن المهايأة معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، ولان حق كل واحد في المنفعة عاجل فلا يجوز تأخيرها بغير رضاه كالدين وكما في العبيد عند أبي حنيفة ويخالف قسمة الاصل فإنه افراز النصيبين وتمييز أحد الحقلين .

إذا ثبت هذا فإنها إذا اتفقا على المهايأة جاز لان الحق لهما لجاز فيه ما تراضيا عليه كقسمة التراضي ولا يلزم، بل متى رجع أحدهما عنها انتقضت المهايأة، ولو طلب أحدهما القسمة كان له ذلك وانتقضت المهايأة، ووافق أبو حنيفة وأصحابه في انتقاضها بطلب القسمة، وقال مالك تلزم المهايأة لانه يجبر عليها عنده فلو تمت كقسمة الاصل .

ولنا أنه بذل منافع لياخذ منافع من غير اجارة فلم يلزم كالأجر شيء ليعيره شيئا آخر اذا احتاج اليه وفارق القسمة فإنها افراز حق على ما ذكرناه .

فصل

قال أحمد في قوم اقتسموا دارا وحصل لبعضهم فيها زيادة أذرع ول بعضهم نقصان ثم باعوا الدار جملة واحدة قسمت الدار بينهم على قدر الأذرع، يعني أن الثمن يقسم بينهم على قدر ملكهم فيها وهذا محمول على أن زيادة أحدهما في الأذرع كزيادة ملكه فيها مثل أن يكون لاحدهما الخمسان فيحصل له أربعون ذراعا وللآخر ثلاثة أخماس فيحصل له ستون فان الثمن يقسم بينهما أخماسا على قدر ملكهما في الدار، فان كانت زيادة الأذرع لرداءة ما أخذه صاحبها مثل دار بينهما نصفين فأخذ أحدهما بنصيبه من جيدها أربعين ذراعا وأخذ الآخر من رديتها ستين ذراعا فلا ينبغي أن يقسم الثمن على قدر الأذرع بل يقسم بينهما نصفين، لان الستين همنا معدولة بالاربعين فكذلك يعدل بها في الثمن والله أعلم .

وقال أحمد في قوم اقتسموا دارا كانت أربعة سطوح يجرى عليها الماء فلما اقتسموا أراد أحدهم منع جريان ماء الآخر عليه وقال هذا شيء قد صار لي ، قال إن كان بينهما شرط أنه يرد الماء فله ذلك ، فإن لم يشترط فليس له منعه ووجهه أنهم اقتسموا الدار وأطلقوا فاقضى ذلك أن يملك كل واحد حصته بحقوقها ، وكألو اشتراها بحقوقها ومن حقها جريان مائها في ماء كان يجرى إليه معتاداً له وهو على سطح المانع فلمذا استحقه حالة الاطلاق ، فإن تشارطاعلى رده فالشرط أمالك والمؤمنون على شروطهم

وقال أبو الخطاب : إذا اقتسما داراً فحصل الطريق في نصيب أحدهما وكان لنصيب الآخر منفذ يتطرق منه وإلا بطلت القسمة ، وذلك لأن القسمة تقتضى التعديل والنصيب الذى لا طريق له لا قيمة له الا قيمة قليلة فلا يحصل التعديل ولأن من شرط الاجار على القسمة أن يكون ما يأخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به وهذا لا ينتفع به آخذه ، فإن كان قد أخذه راضياً به عالماً بأنه لا طريق له جاز لأن قسمة التراضى بيع وشراؤه على هذا الوجه جائز وقياس المسألة التى قبل هذه أن الطريق تبقى بحالها في نصيب الآخر ما لم يشترط صرفها عنه كجرى الماء والله أعلم .

(فصل) قال وللأب والوصى قسمة مال الصغير مع شريكه لأن القسمة إما إفراز حق أو بيع وكلاهما جائز لهما ، ولأن في القسمة مصلحة للصبي فجازت كالشراء له ويجوز لهما قسمة التراضى من غير زيادة في العوض لأن فيه دفعاً لضرر الشركة فأشبهه ما لو باعه لضرر الحاجة الى قضاء الدين أو الحاجة الى النفقة (فصل) ولا تصح ولاية القضاء إلا بتولية الامام أو من فوض الامام اليه ذلك ، فإن كان من ولاه ليس يعدل فهل تصح ولايته ؟ على وجهين ويلزم الامام أن يختار للقضاء بين المسلمين أفضل من يقدر عليه لهم . والألفاظ التى تتعقد بها الولاية تنقسم الى صريح وكناية ، فالصريحة سبعة ألفاظ وهى : قد وليتك الحكم ، وقلدتك ، واستنبتك ، واستخلفتك ، ورددت اليك الحكم ، وفوضت اليك وجعلت اليك ، فاذا وجد أحد هذه الألفاظ من المولى وجوابها من المولى بالقبول انعقدت الولاية .

وأما الكتابية فهي أربعة ألفاظ . قد اعتمدت عليك ، وعولت عليك ، ووكلت اليك ، واستندت اليك ، فلا تنعقد الولاية بها حتى تقترن بها قرينة ، نحو قوله : فاحكم فيها وكات اليك ، وانظر فيما أسندت اليك ، وتول ماعونات فيه عليك . وإذا صححت الولاية وكانت عامة استفاد بها النظر في عشرة أشياء : فصل الخصومات بين المتنازعين ، واستيفاء الحق ممن ثبت عليه ودفعه الى مستحقه ، والنظر في أموال اليتامى والمجانين . والحجر على من يرى الحجر عليه لفسه أو فلس ، والنظر في الوقوف في عمله في حفظ أصولها وإجراء فروعها على ما شرطه الواقف ، وتزويج الأيامي اللاتي لا أولياء لهن ، وإقامة الحدود والنظر في مصالح المسلمين في عمله بكف الأذى عن طرقات المسلمين وأفتيتهم ، وتصفح حال شهوده وأمنائه ، والاستبدال بمن ثبت جرحه منهم ، والإمامة في صلاة الجمعة والعيد ، وفي جباية الخراج وأخذ الصدقة وجهان .

(فصل) قال ويوصى الوكلاء والأعيان على بابه بتقوى الله تعالى والرفق بالخصوم وقلة الطمع ، ويجتهد أن لا يكونوا شيوخا أو كهولا ، من أهل الدين والصيانة والعفة .

(فصل) قال ابن المنذر : يكره للقاضي أن يفتي في الأحكام . كان شريح يقول : أنا أقضي ولا أفتي ، وأما الفتيا في الطهارة وسائر ما لا يحكم في مثله فلا بأس بالفتيا فيه .

كتاب الشهادات

والأصل في الشهادات الكتاب والسنة والإجماع والعبرة . أما الكتاب : فقول الله تعالى : **واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء** . وقال تعالى : **وأشهدوا ذوي عدل منكم وأشهدوا إذا تباعتم** (

وأما السنة : فما روى واثل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمي يا رسول الله ان هذا غلبني على أرض لي . فقال الكندي : هي أرضي وفي يدي فليس له فيها حق ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي : **ألك بيعة ؟** قال لا ، قال فلك يمينه ، قال يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء ، قال : ليس لك منه الا ذلك قال : فانطلق الرجل ليحلف له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم **لما أدبر : ان حلف على ماله لياكله ظلما ليلقين الله تعالى وهو عنه معرض ، قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح .**

وروى محمد بن عبد الله العزمي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : **البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه** ، قال الترمذي هذا حديث في أسناده مقال والعزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره ، الا ان أهل العلم أجمعوا على هذا . قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، ولأن الحاجة داعية إلى الشهادة للحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع إليها .

قال شريح ، القضاء جمر فتحه عنك بعودين ، يعني الشاهدين ، وإنما الخصم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء .

(فصل) وتحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية لقول الله تعالى : **ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا** (وقال تعالى) **(ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه)** وإنما خص القلب بالآثم لانه موضع العلم بها ولان الشهادة امانة فلزم أداؤها كسائر الامانات .

إذا ثبت هذا فإن دعى إلى تحميل شهادة في نكاح أو دين أو غيره لزمته الإجابة ، وإن كانت عنده شهادة فدعى إلى أدائها لزمه ذلك ، فإن قام بالفرض في التحمل أو الأداء اثنان سقط عن الجميع ، وإن امتنع الكل أثموا ، وإنما يأثم الممتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع ، فإن كان عليه ضرر في التحمل أو الأداء أو كان ممن لا تقبل شهادته أو يحتاج إلى التبذل في التزكية ونحوها لم يلزمه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد)

وقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ، ولأنه لا يلزمه أن يضر بنفسه لنفع غيره ، وإذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه ، وهل يأثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يأثم لأنه قد تعين بدعائه ولأنه منهي عن الامتناع بقوله (ولا ياب الشهاد إذا ما دعوا)

والثاني : لا يأثم لأن غيره يقوم مقامه فلم يتعين في حقه كما لو لم يدع إليها ، فأما قول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) فقد قرئ بالفتح والرفع ، فمن رفع فهو خبر معناه النهي ويحتمل معنيين

أحدهما : أن يكون الكاتب فاعلا ، أي لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بأن لا يجيب أو يكتب ما لم يستكتب أو يشهد ما لم يستشهد به

والثاني : أن يكون يضار فعل ما لم يسم فاعله ، فيكون معناه ومعنى الفتح واحداً ، أي لا يضر الكاتب والشهيد بأن يقطعهما عن شغلها بالكتابة والشهادة وينما حاجتهما .

واشتقاق الشهادة من المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما يشاهده . وقيل لأن الشاهد يخبره جعل الحاكم كالمشاهد للمشهود عليه ، وتسمى بينة لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه

مسألة ، قال (ولا يقبل في الزنا إلا أربعة رجال عدول أحرار مسلمين)

أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود ، وقد نص الله

تعالى عليه بقوله سبحانه (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) في آي سواها

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أربعة والا حد في ظهرك ، في أخبار سوى هذا وأجمعوا على أنه يشترط كونهم مسلمين عدولا ظاهرا وباطنا وسواء كان المشهود عليه مسلما أو ذميا وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالا أحرارا فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد ، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وشذ ابو ثور فقال . تقبل فيه شهادة العبيد .

وحكى عن عطاء وحماد أنهما قالا : تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لانه نقص واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالاموال

ولنا ظاهر الآية وأن العبد مختلف في شهادته في المال فكان ذلك شبهة في الحد لانه بالشبهات يندري ، ولا يصح قياس هذا على الاموال لحقة حكمها وشدة الحاجة الى اثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط في حفظها ، ولهذا زيد في عدد شهود الزنا على شهود المال .

(فصل) وفي الإقرار بالزنا روايتان ذكرهما ابوبكر ، والشافعي فيه قولان أحدهما : يثبت بشاهدين قياسا على سائر الاقارير . والثاني : لا يثبت الا بأربعة لانه موجب لحد الزنا أشبه فعله

« مسألة » قال (ولا يقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين)

وهذا القسم نوعان . أحدهما . العقوبات وهي الحدود والقصاص فلا يقبل فيه الا شهادة رجلين ، الا ما روى عن عطاء وحماد أنها قالا : يقبل فيه رجل وامرأتان قياسا على الشهادة في الاموال

ولنا أن هذا مما يحتاط لدرته واسقاطه ، ولهذا يندري بالشبهات ولا تدعو الحاجة الى اثباته وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (أن تضل احداها فتذكر احداها الاخرى) وانه لا تقبل شهادتهن وان كثرن ما لم يكن معهن رجل ، فوجب ان لا تقبل شهادتهن فيه ، ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا

من الفرق وهذا الذى ذكرنا . قال سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وحماد
والزهري وربيعة ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ، واتفق
هؤلاء وغيرهم على أنها تثبت بشهادة رجلين ما خلا الزنا إلا الحسن فإنه قال
الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا لأنه يتعلق به إتلاف النفس فأشبهه الزنا .

ولنا أنه أحد نوعي القصاص فأشبهه القصاص في الطرف ، وما ذكره من
الوصف لا أثر له فإن الزنا الموجب للحد لا يثبت إلا بأربعة ، ولأن حد الزنا حق
لله تعالى يقبل الرجوع عن الإقرار به ، ويعتبر في شهداء هذا النوع من الحرية
والذكورية والإسلام والعدالة ما يعتبر في شهداء الزنا على ما سذكروه .

الثاني : ما ليس بعقوبة كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والإبلاء والظهار
والنسب والتوكيل والوصية اليه والولاء والكتابة وأشباه هذا فقال القاضى المعول
عليه في المذهب أن هذا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين ولا تقبل فيه شهادة النساء
بحال . وقد نص أحمد في رواية الجماعة على أنه لا تجوز شهادة النساء في النكاح
والطلاق . وقد نقل عن أحمد في الوكالة إن كانت بمطالبة دين ، يعنى تقبل فيه
شهادة رجل وامرأتين فأما غير ذلك فلا

ووجه ذلك أن الوكالة في اقتضاء الدين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة
رجل وامرأتين كالحوالة .

قال القاضى : فيخرج من هذا أن النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل
فيها شهادة النساء رواية واحدة وما عداه يخرج على روايتين
وقال أبو الخطاب : يخرج في النكاح والعتاق أيضا روايتان :

إحداهما لا تقبل فيه إلا شهادة رجلين ، وهو قول النخعي والزهري ومالك
وأهل المدينة والشافعي ، وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق .

والثانية : تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين . روى ذلك عن جابر بن زيد وإياس
ابن معاوية والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي . وروى ذلك في النكاح
عن عطاء واحتجوا بأنه لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال

ولنا أنه ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء

في شهادته مدخل كالحدود والقصاص ، وما ذكره لا يصح فإن الشبهة لا مدخل لها في النكاح ، وإن تصور بأن تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح (فصل) وقد نقل عن أحمد رضى الله عنه في الاعسار ما يدل على أنه لا يثبت إلا بثلاثة لحديث قبيصة بن المخارق « حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجى من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة »

قال أحمد : هكذا جاء الحديث ، فظاهر هذا أنه أخذ به . وروى عنه أنه لا يقبل قوله أنه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل ، فظاهر هذا أنه يقبل في الوصية شهادة رجل واحد ، وقال في الرجل بوصى ولا يحضره إلا النساء قال أجيز شهادة النساء : فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الأفراد إذا لم يحضره الرجال .

قال القاضى : والمذهب أن هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين ، وحديث قبيصة في حل المسألة لا في الاعسار .

(فصل) ولا يثبت شيء من هذين النوعين بشاهد ويمين المدعى ، لأنه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، فثلاثا يثبت بشهادة واحد ويمين أولى . قال أحمد ومالك في الشاهد واليمين : إنما يكون ذلك في الأموال خاصة لا يقع في حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عتقه ولا سرقة ولا قتل

وقد قال الخرقي : إذا ادعى العبد أن سيده أعتقه وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً ، ونص عليه أحمد وقال في شربكين في عبد ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا معسرين عدلين ، فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً ، فيخرج مثل هذا في الكتابه والولاء والوصية والوديعة والوكالة ، فيكون في الجميع روايتان ما خلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه فإنها لا تثبت بشاهد ويمين قولاً واحداً . قال القاضى : المعمول عليه في جميع ما ذكرناه أنه لا يثبت إلا بشاهدين وهو قول الشافعى . وروى الدارقطنى بإسناده عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن النبي (ص) قال : استشرت جبريل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار على في الأموال لا تعد ذلك ،

وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه قضى بالشاهد واليمين قال نعم في الأموال، وتفسير الراوى أولى من تفسير غيره . رواه الإمام أحمد وغيره . بإسنادهم .

• مسألة ، قال (ولا يقبل في الأموال أقل من رجل وامرأتين ورجل عدل مع يمين الطالب)

وجملة ذلك أن المال كالقرض والغصب والديون كلها وما يقصد به المال كالبيع والوقف والإجارة والهبة والصلح والمساواة والمضاربة والشركة والوصية له والجنابة الموجبة للمال كجنابة الخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة وما دون الموضحه من الشجاج تثبت بشهادة رجل وامرأتين .

وقال أبو بكر لا تثبت الجنابة في البدن بشهادة رجل وامرأتين لأنها جنابه فأشبهت ما يوجب القصاص والاول أصح لان موجبها المال فأشبهت البيع وفارق ما يوجب القصاص لان القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء وكذلك ما يوجبه والمال يثبت بشهادة النساء، وكذلك ما يوجبه ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه بقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا قدامكم بدين - الى قوله - واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وأجمع أهل العلم على القول به وقد ذكرنا خبر أبي هريرة وابن عباس فيه .

(فصل وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين روى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وهو قول الفقهاء السبعة وعمر ابن عبدالعزيز والحسن وشريح وإياس وعبد الله بن عتبة وأبي سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأبي الزناد والشافعي ، وقال الشعبي والذخمي وأصحاب الرأي والأوزاعي لا يقضى بشاهد ويمين وقال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لان الله تعالى قال (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص ، والزيادة في النص نسخ ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال البيته على

المدعى واليمين على من أنكر، فحصر اليمين في جانب المدعى عليه كما حصر البيعة في جانب المدعى .

ولنا : ما روى سهيل عن أبيه عن أبي هريرة قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين مع الشاهد الواحد ، رواه سعيد بن منصور في سننه والآئمة من أهل السنن والمسانيد قال الترمذى هذا حديث حسن غريب وفي الباب ^(١) عن علي وابن عباس وجابر ومسروق ، وقال النسائي إسناده حديث ابن عباس في اليمين مع الشاهد إسناده جيد ، ولأن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوى جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبيه بها وفي حق المنكر لقوة جنبيه فان الأصل براءة ذمته والمدعى هنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ولا حجة لهم في الآية لأنها دلت على مشروعية الشاهدين والشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا وقولهم ان الزيادة في النص نسخ غير صحيح لأن النسخ الرفع والازالة، والزيادة في الشيء تقرير له لا رفع والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه ولأن الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخاً وكذلك اذا انفصلت عنه ولأن الآية واردة في التحمل دون الاداء وهذا قال (أن تفضل إحداهما فتذكر إحداهما الاخرى) والنزاع في الاداء وحديثهم ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع اذا ادعى رد الوديعة وتلفها وفي حق الامناء لظهور جنائيتهم وفي حق الملاء عن وفي القسامة وتشرع في حق البائع والمشتري اذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة وقول محمد في نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الذين قضوا به ، وقد قال الله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسلياً) والقضاء بما قضى به محمد ابن عبد الله صلى الله عليه وسلم أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له .

(فصل) قال القاضى يجوز أن يخلف على ما لا تسوغ الشهادة عليه مثل أن يجد بخطه ديناً له على إنسان وهو يعرف أنه لا يكتب الا حقاً ولم يذكره أو يجد

في رزمانج أبيه بخطه ديناً له على إنسان ويعرف من أبيه الأمانة وأنه لا يكتب إلا حقاً فله أن يحلف عليه ، ولا يجوز أن يشهد به ، ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن إليه جاز أن يحلف عليه ولم يحز له أن يشهد به ، وبهذا قال الشافعي . والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين .

أحدهما : أن الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه لأن الحق إنما هو للحالف فلا يزور أحد عليه .
الثاني : أن ما يكتبه الإنسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة .
(فصل) وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعى مسلماً أو كافراً ؛ عدلاً أو فاسقاً ، رجلاً أو امرأة ، نصر عليه أحمد لأن من شرعت في حقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الأوصاف كالمنكر إذا لم تكن بينة .
(فصل)

قال أحمد : مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد ، فإن أبي أن يحلف استحلف المطلوب ، وهذا قول مالك والشافعي ويروى عن أحمد ، فإن أبي المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه .

(فصل) ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعى ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك يقبل ذلك في الأموال لأنهما في الأموال أقيمتا مقام الرجل فحلف معهما كما يحلف مع الرجل .

ولنا أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة ، وما ذكروه يبطل بهذه الصورة ، فإنهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفي أربع نسوة مقام رجلين ولقبل في غير الأموال شهادة رجل وامرأتين ، ولأن شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل ، واليمين ضعيفة فيضم ضعيف إلى ضعيف فلا يقبل .

(فصل) إذا ادعى رجل على رجل أنه سرق نصاباً من حرزه وأقام بذلك شاهداً وحلف معه أو شهد له بذلك رجل وامرأتان وجب له المال المشهود به إن كان باقياً أو قيمته إن كان تالفاً ولا يجب القطع لأن هذه حجة في المال دون القطع . وإن ادعى على رجل أنه قتل وليه عمداً فأقام شاهداً وامرأتين أو حلف

مع شاهده لم يثبت قصاص ولا دية ؛ والفرق بين المسألتين ان السرقة توجب القطع والغرم معاً فإذا لم يثبت أحدهما ثبت الآخر والقتل العمد موجب القصاص عينا في إحدى الروايتين والدية بدل عنه ولا يجب البذل ما لم يوجد المبدل .
وفي الرواية الأخرى الواجب أحدهما لا بعينه ، فلا يجوز أن يتعين أحدهما الا بالاختيار أو التعذر ولم يوجد واحد منهما .

وقال ابن أبي موسى : لا يجب المال في السرقة أيضا الا بشاهدين لأنها شهادة على فعل بوجب الحد والمال ، فإذا بطلت في أحدهما بطلت في الأخرى والأول أولى لما ذكرناه .

وان ادعى رجل على رجل انه ضرب أخاه بسهم عمدا فقتله ونفذ الى أخيه الآخر فقتله خطأ ، وأقام بذلك شاهداً وامرأتين او شاهداً وحلف معه ثبت قتل الثاني لأنه خطأ موجب المال ولم يثبت قتل الأول لأنه عمد موجب القصاص فمما كالجنايتين المفترقتين . وعلى قول أبي بكر لا يثبت شيء منهما لأن الجناية عنده لا تثبت الا بشاهدين سواء كان موجبها المال أو غيره

ولو ادعى رجل على آخر انه سرق منه وغصبه مالا فخلف بالطلاق والعناق ما سرق منه ولا غصبه فأقام المدعى شاهداً وامرأتين شهدا بالسرقة والغصب أو أقام شاهداً وحلف معه استحق المروق والمنصوب لأنه أتى بيينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثبت طلاق ولا عناق لأن هذه البينة حجة في المال دون الطلاق والعناق وظاهر مذهب الشافعي في هذا الفصل كذهبننا الا فيما ذكرناه من الخلاف عن أصحابنا .

(فصل) ولو ادعى جارية في يد رجل انها أم ولده وأن ابنها ابنه منها ولد في ملكه وأنام بذلك شاهداً وامرأتين او حلف مع شاهده حكم له بالجارية لأن أم الولد مملوكة له ولهذا يملك وطأها واجارتها وتزويجها ويثبت لها حكم الاستيلاد بإقراره لأن إقراره ينفذ في ملكه والملك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين ولا يحكم له بالولد لأنه يدعى نسبه والنسب لا يثبت بذلك ، ويدعى حرية أيضاً فعلى هذا يقر الولد في يد المنكر مملوكاً له ؛ وهذا أحد قولى الشافعي .

وقال في الآخر : يأخذها وولدها ويكون ابته ، لأن من ثبت له العين

ثبت له نماؤها والولد نماؤها . وذكر أبو الخطاب فيها عن أحمد روايتين كقول الشافعي .

ولنا أنه لم يدع الولد ملكا وإنما يدعى حرته ونسبه ، وهذان لا يثبتان بهذه البينة فيبقيان على ما كانا عليه

(فصل) وإن ادعى رجل أنه خال امرأته فأسكرت ثبت ذلك بشاهد وامرأتين أو يمين المدعى لأنه يدعى المال الذي خالعت به ، وإن ادعت ذلك المرأة لم يثبت إلا بشهادة رجلين لأنها لا تقصد منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ولا يثبت ذلك إلا بهذه البينة .

« مسألة » قال (ويقبل فيها لا يطلع عليه الرجال ؛ مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة . قال القاضي : والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء : الولادة والاستهلال والرضاع والعيوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبكارة والثيابة والبرص وانقضاء العدة وعن أبي حنيفة : لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع لأنه يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح .

ولنا ما روى عقبة بن الحارث قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فأتت أمة سوداء فقالت قد أرضعتك ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فأعرض عني ثم أتيت فقالت : يا رسول الله إنها كاذبة ، قال كيف وقد زعمت ذلك ، متفق عليه ، ولأنها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة وتخالف العقد فإنه ليس بعورة

وحكى عن أبي حنيفة أيضا أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في الاستهلال لأنه يكون بعد الولادة ، وخالفه أصحابه وأكثر أهل العلم لأنه يكون حال الولادة فيشعر حضور الرجال فأشبه الولادة تقسما

وقد روى عن علي رحمه الله أنه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال .

رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور ، إلا أنه من حديث جابر الجعفي ، وأجازه شريح والحسن والحارث العملي وحماة .

(فصل) إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فإنه تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة ، وقال طاووس تجوز شهادة المرأة في الرضاع وإن كانت سوداء .

وعن أحمد رواية أخرى لا يقبل فيه إلا امرأتان وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة ، وإليه ذهب مالك والثوري ، لأن كل جنس يثبت به الحق كفى فيه اثنان كالرجال ، ولأن الرجال أكمل منهم عقلاً ولا يقبل منهم إلا اثنان ، وقال عثمان البتي : يكفي ثلاث لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة ، كما لو كان معهن رجل .

وقال أبو حنيفة : تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة . وقال عطاء والشعبي وقتادة والشافعي وأبو ثور : لا يقبل فيه إلا أربع لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم يقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : شهادة امرأتين بشهادة رجل ،

ولنا ما روى عقبة بن الحارث أنه قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما ، فحُت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فأعرض عني ، ثم ذكرت له ذلك فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ ، متفق عليه . وروى حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة ، ذكره الفقهاء في كتبهم .

وروى أبو الخطاب عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : يجوز في الرضاع شهادة امرأة واحدة ، ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات ، وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية غير مسلم ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : شهادة امرأتين بشهادة رجل في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل ،

(فصل) فإن شهد الرجل بذلك فقال أبو الخطاب تقبل شهادته وحده لأنه

أكل من المرأة ، فإذا اكتفى بها وحدها فلأن يكتفى به أولى ، ولأن ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية

« مسألة ، قال (ومن لزمته الشهادة فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد لا يسمعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك)

وجملته أن أداء الشهادة من فروض الكفايات فإن تعينت عليه بأن لا يتحملها من يكفي فيها سواء لزمه القيام بها ، وإن قام بها اثنان غيره سقط عنه أداؤها إذا قبلها الحاكم ، فإن كان تحملها جماعة فأداؤها واجب على الكل إذا امتنعوا أثموا كلهم كسائر فروض الكفايات ، ودليل وجوبها قول الله تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما) وفي الآية الأخرى (كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى) ولأن الشهادة أمانة فلزمه أداؤها عند طلبه كالوديعة ، ولقوله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها فإن عجز عن إقامتها أو تضرر بها لم تجب عليه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم)

(فصل : ومن له كفاية فليس له أخذ الجعل على الشهادة لأنه أداء فرض ، فإن فرض الكفاية إذا قام به البعض وقع منهم فرضاً ، وإن لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له أخذه ، والنفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية ، فإذا أخذ الرزق جمع بين الأمرين ، وإن تعينت عليه الشهادة احتتمل ذلك أيضاً ، واحتمل أن لا يجوز لئلا يأخذ العوض عن أداء فرض عين : وقال أصحاب الشافعي لا يجوز أخذ الأجرة لمن تعينت عليه وهل يجوز لغيره على وجهين . مسألة ، قال (وما أدركه من العقل نظراً أو سمعه تيقناً وإن لم ير المشهود عليه شهد به)

وجملة ذلك أن الشهادة لا تجوز إلا بما علمه ، بدليل قوله تعالى (إلا من شهد بالحق وهم يعلمون) وقوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر

والقواد كل أولئك كان عنه مسئولاً) وتخصيصه لهذه الثلاثة بالسؤال لأن العلم بالقواد وهو يستند إلى السمع والبصر ولأن مدرك الشهادة الرؤية والسمع وهما بالبصر والسمع. وروى عن ابن عباس أنه قال: «سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة قال: هل ترى الشمس؟ قال نعم. قال على مثلها فاشهد أو دعه، رواه الخلال في الجامع بإسناده.

إذا ثبت هذا فإن مدرك العلم الذي تقع به الشهادة اثنان الرؤية والسمع وما عداهما من مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لا حاجة اليها في الشهادة في الأغلب فأما ما يقع بالرؤية فالأفعال كالغصب والاتلاف والزنا وشرب الخمر وسائر الأفعال وكذلك الصفات المرئية كالعيوب في المبيع ونحوها فهذا لا تتحمل الشهادة فيه إلا بالرؤية لأنه يمكن الشهادة عليه قطعاً فلا يرجع إلى غير ذلك، وأما السماع فتوعان أحدهما من المشهود عليه مثل العقود كالبيع والإجارة وغيرهما من الأقوال فيحتاج إلى أن يسمع كلام المتعاقدين، ولا تعتبر رؤية المتعاقدين إذا عرفهما وتيقن أنه كلامهما. وبهذا قال ابن عباس والزهرى وربيعه والليث وشريح وعطاء وابن أبي ليلى ومالك.

وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه، لأن الأصوات تشبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤيته كالخط ولنا أنه عرف المشهود عليه يقيناً فجازت شهادته عليه كما لو رآه، وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور، وإنما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقيناً، وقد يحصل العلم بالسماع يقيناً، وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤيته، ولهذا قبلت روايته الأعمى وروايته من روى عن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير محاربهن.

وأما النوع الثاني فسند كرهه أن شاء الله تعالى في المسألة التي تلي هذا.

(فصل) إذا عرف المشهود عليه بإسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهد عليه حاضراً كان أو غائباً، وإن لم يعرف ذلك لم يجز أن يشهد عليه مع غيبته وجاز أن يشهد عليه حاضراً بمعرفة عينه، نص عليه أحمد، قال مهنا سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحق له على رجل وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا إلا أنه يشهد له

فقال اذا قال أشهد ان لهذا علي هذا وهما شاهدان جميعا فلا بأس وان كان غائب فلا يشهد حتى يعرف اسمه .

(فصل) والمرأة كالرجل في أنه اذا عرفها وعرف اسمها ونسبها جاز أن يشهد عليها مع غيبتها وان لم يعرفها لم يشهد عليها مع غيبتها ، قال أحمد في رواية الجماعة لا تشهد الا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد الا على امرأة قد عرفها . وان كانت ممن قد عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد والا فلا يشهد ، فأما ان لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها . ويجوز ان يشهد على عينا اذا عرف عينا ونظر الى وجهها .

قال أحمد : ولا يشهد على امرأة حتى ينظر الى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها ، فأما من تيقن معرفتها وتعرف بصوتها يقينا فيجوز ان يشهد عليها اذا تيقن صوتها على ما قدمناه في المسألة قبلها . فإن لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه . فقد روى عن أحمد أنه قال : لا يشهد على شهادة غيره الا بعرفته لها ، وقال لا يجوز للرجل أن يقول للرجل أنا أشهد أن هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره وقال القاضي : يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة وظاهر قوله المنع منه . وقال أحمد لا يشهد على امرأة الا باذن زوجها وهذا يحتمل أنه لا يدخل عليها بيتها ليشهد عليها الا باذن زوجها لما روى عمرو بن العاص قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يستأذن على النساء الا باذن أزواجهن ، رواه أحمد في مسنده .

فأما الشهادة عليها في غير بيتها فجائزة . لان اقرارها صحيح وتصرفها اذا كانت رشيدة صحيح فجاز ان يشهد عليها به .

(فصل) واذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر انه شهد به فهل يجوز له ان يشهد بذلك ؟ فيه روايتان .

احداها : لا يجوز أن يشهد بها قال أحمد في رواية حرب : فيمن يرى خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة قال لا يشهد الا بما يعلم وقال في رواية غيره يشهد اذا عرف خطه وكيف تكون الشهادة الا هكذا ؟ وقال : في موضع آخر : اذا عرف خطه

ولم يحفظ فلا يشهد إلا أن يكون منسوخا عنده موضوعا تحت ختمه وحرزه
فيشهد وإن لم يحفظ .

وقال أيضا : إذا كان ردى الحفظ فيشهد ويكتبها عنده ، وهذه رواية ثالثة .
وهو أن يشهد إذا كانت مكتوبة عنده بخطه في حرزه ولا يشهد إذا لم تكن كذلك
بنزلة القاضي في إحدى الروايتين : إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه أمضاء ، ولا
يمضيه إذا لم يكن كذلك .

« مسألة ، قال (وما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته في قلبه شهد به
كالشهادة على الذنب والولادة) .

هذا النوع الثاني من السماع وهو ما يعلمه بالاستفاضة . وأنجع أهل العلم على
صحة الشهادة بها في الذنب والولادة .

قال ابن المنذر : أما الذنب فلا أعلم أحدا من أهل العلم منع منه ولو منع
ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به إذ لا سبيل إلى معرفته قطعا بغيره ولا تمكن
المشاهدة فيه ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحدا من أقاربه
وقال : قال الله تعالى (يعرفونه كما يعرفون أبناءهم) واختلف أهل العلم فيما تجوز
الشهادة عليه بالاستفاضة غير الذنب والولادة فقال أصحابنا : هو تسعة أشياء : النكاح
والملك المطلق . والوقف ومصرفه . والموت والعق والولاء . والولاية . والعزل
وبهذا قال أبو سعيد الأصبهاني وبعض أصحاب الشافعي . وقال بعضهم لا تجوز
في الوقف والولاء والعق والزوجية . لأن الشهادة ممكنة فيه بالقطع فإنها شهادة
بعقد فأشبهه سائر العقود

وقال أبو حنيفة : لا تقبل إلا في النكاح والموت : ولا تقبل في الملك المطلق
لأنها شهادة بما لا يشبه الدين ، وقال أصحابنا يقبل في الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس
ولنا : أن هذه الأشياء تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة
أسبابها فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالذنب ، قال مالك ليس عندنا من يشهد
على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بالسماع ، وقال مالك السماع في
الأحباس والولاء جائز

وقال أحمد في رواية المروزي : أشهد أن دار بختان لبختان ، وإن لم يشهدك وقيل له تشهد أن فلانة امرأة فلان ولم تشهد النكاح ؟ فقال نعم إذا كان مستفيضاً فاشهد أقول أن فاطمة ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأن خديجة وعائشة زوجاه وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة

فإن قيل يمكنه العلم في هذه الأشياء بمشاهدة السبب ، قلنا وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سبباً يقيناً فإنه يجوز أن يشتري ما ليس بملك البائع ويصطاد صيداً صاده غيره ثم انقلبت منه ، وإن تصور ذلك فهو نادر ، وقول أصحاب الشافعي تمكن الشهادة في الوقف باللفظ لا يصح لأن الشهادة ليست بالعقود ههنا ، وإنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد فهو بمنزلة الملك ، وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد وكذلك الحرية والولاء ، وهذه جميعها لا يمكن القطع بها كما لا يمكن القطع بالملك لأنها مرتبة على الملك فوجب أن تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء . قال مالك : ليس عندنا من شهد على أحباس أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا على السماع .

إذا ثبت هذا فكلام أحمد والخرقي يقتضي أن لا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الأخبار ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم ، لقول الخرقي فيما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته في القلب يعني حصل العلم به . وذكر القاضي في المجرد أنه يكفي أن يسمع من اثنين عدلين ويسكن قلبه إلى خبرهما ، لأن الحقوق تثبت بقول اثنين ، وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي ، والقول الأول هو الذي يقتضيه لفظ الاستفاضة ، فإنها مأخوذة من فيض الماء لكثرة ، ولأنه لو اكتفى فيه بقول اثنين لا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة على الشهادة ، وإنما اكتفى بمجرد السماع .

(فصل) فإن كان في يد رجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى والإعارة والإجارة والعمارة والهدم والبناء من غير منازع فقال أبو عبد الله ابن حامد يجوز أن يشهد له بملكها ، وهو قول أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي . قال القاضي ويحتمل أن لا يشهد إلا بمشاهدة من الملك واليد والتصرف لأن اليد ليست منحصرة في الملك قد تكون بإجارة وإعارة وغصب . وهذا قول

بعض أصحاب الشافعي . ووجه الأول أن اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها لجرت مجرى الاستفاضة فجاز أن يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة ، واحتمال كونها عن غصب أو إجارة يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعا ، كما لو شاهد سبب اليد ، فإن احتمال كون البائع غير مالك ، والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا همنا .

فإن قيل فإذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة إلا بما يعلم . قلنا الظن يسمى علما ، قال الله تعالى (فإن علمتموهن مؤمنات) ولا سبيل إلى العلم اليقيني هنا فجازت بالظن .

فصل

وإذا سمع رجلا يقول أصبي هذا ابني جاز أن يشهد به لأنه مقر بنسبه ، وإن سمع الأصبي يقول هذا أبي والرجل يسمعه فسكت جاز أن يشهد أيضا ، لأن سكوت الأب إقرار له ، والإقرار يثبت النسب ، فجازت الشهادة به ، وإنما أقيم السكوت هنا مقام الإقرار لأن الإقرار على الانتساب الباطل جائز بخلاف سائر الدعاوى ولأن النسب يغلب فيه الاثبات ، ألا ترى أنه يلحق بالامكان في النكاح ؟ وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يشهد مع السكوت حتى يتكرر ، لأن السكوت ليس بإقرار حقيقي وإنما أقيم مقامه فاعتبرت تقويته بالنكرار كما اعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار .

(فصل) وإذا شهد عدلان أن فلانا مات وخلف من الورثة فلانا وفلانا ، لا نعلم له وارثا غيرها قبلت شهادتهما ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والعنبري ، وقال ابن أبي ليلى : لا تقبل حتى يبينوا أنه لا وارث له سواهما ولنا أن هذا مما لا يمكن علمه فيكفي فيه الظاهر مع شهادة الأصل بعدم وارث آخر ، قال أبو الخطاب سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ، ويحتمل أن لا تقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم . وهذا قول الشافعي .

فأما إن قالوا لا نعلم له وارثا بهذه البلدة أو بأرض كذا وكذا لم تقبل ، وبهذا

قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يقضى به كما لو قالوا لا نعلم له وارثا ، وذكر ذلك مذهبنا لأحمد أيضا .
ولنا أن هذا ليس بدليل على عدم الوارث لأنهما قد يعلنان أنه لا وارث له في تلك الأرض ويعلمان له وارثا في غيرها فلم تقبل شهادتهما كما لو قالوا لا نعلم له وارثا في هذا البيت .

مسألة ، قال (من لم يكن من الرجال والنساء عاقلا مسلما بالغيا عدلا لم تجز شهادته)

وجملته أن يعتبر في الشاهد سبعة شروط :
أحدها أن يكون عاقلا ولا تقبل شهادة من ليس بعقل إجماعا ، قاله ابن المنذر وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو طفولية ، وذلك لأنه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله ، ولأنه لا يأثم بكذبه ولا يتجرز منه

الثاني أن يكون مسلما ونذكر هذا فيما بعد إن شاء الله تعالى
الثالث : أن يكون بالغيا فلا تقبل شهادة صبي لم يبلغ بحال ، يروى هذا عن ابن عباس وبه قال القاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن شهادتهم تقبل في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارحوا عليها ، وهذا قول مالك ، لأن الظاهر صدقهم وضبطهم فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم لأنه يحتمل أن يلقنوا

قال ابن الزبير : إن أخذوا عند مصاب ذلك فبالحرى أن يعقلوا ويحفظوا ، وعن الزهري أن شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشجوج ، وذكره عن مروان وروى عن أحمد رواية ثالثة أن شهادته تقبل إذا كان ابن عشر ، قال ابن حامد : فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود والقصاص كالعبيد ، وروى عن علي رضي الله عنه أن شهادة بعضهم تقبل على بعض ، وروى ذلك عن شريح والحسن والنخعي ، قال إبراهيم : كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم ، قال المغيرة : وكان أصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن مسروق قال : كنا عند علي لجناه خمسة غلمة فقالوا إنا كنا ستة غلمة نغتاط ففرق منا غلام ، فشهد الثلاثة على الاثنين أنهما غرقاه ، وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم غرقوه ، فجعل علي الاثنين ثلاثة أخماس الدية وجعل علي الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق ، والمذهب أن شهادتهم لا تقبل في شيء لقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وقال — وأشهدوا ذوي عدل منكم — وقال — ممن ترضون من الشهداء) والصبي ممن لا يرضى . وقال (لا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) فأخبر أن الشاهد الكاتم لشهادته آثم والصبي لا يآثم ، فبدل علي أنه ليس بشاهد ، ولأن الصبي لا يخاف من مآثم الكذب فيزعه عنه ويمنعه منه فلا تحصل الثقة بقوله ؛ ولأن من لا يقبل قوله على نفسه في الإقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون .

يحقق هذا أن الإقرار أوسع لأنه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولا تصح الشهادة منهم ، ولأن من لا تقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح كالفاسق ، ومن لا تقبل شهادته على من ليس بمثله لا تقبل على مثله كالمجنون

الشرط الرابع : العدالة لقول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) ولا تقبل شهادة الفاسق لذلك ولقول الله تعالى (إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) فأمر بالتوقف عن نبأ الفاسق والشهادة نبأ فيجب التوقف عنه

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الإسلام ولا ذي غمر على أخيه ، رواه أبو عبيد ، وكان أبو عبيد لا يراه

خص بالخائن والخائنة أمانات الناس بل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره ، قال الله تعالى (إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال) الآية ، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : لا يؤسر رجل بغير العدول ؛ ولأن دين الفاسق لم يزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن أن لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره ، إذا تقرر هذا فالفسوق نوعان : أحدهما من حيث الأفعال فلا نعلم خلافا في رد شهادته

والثاني: من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضا وبه قال مالك وشريك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وقال شريك أربعة لا تجوز شهادتهم (رافضى) يزعم أن له اماما مفترضة طاعته (وخارجى) يزعم أن الدنيا دار حرب (وقدرى) يزعم أن المشيئة إليه (ومرجى) ورد شهادة يعقوب وقال: ألا أرد شهادة من يزعم أن الصلاة ليست من الإيمان؟ وقال أبو حامد من أصحاب الشافعى المختلفون على ثلاثة أضرب: ضرب اختلفوا في الفروع فهو لا يفسقون بذلك ولا ترد شهادتهم وقد اختلف الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين.

الثاني من نفسه ولا نكفره وهو من سب القرابة كالخوارج أو سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك.

الثالث: من نكفره وهو من قال بخلاق القرآن ونفى الرؤية وأضاف المشيئة إلى نفسه فلا تقبل له شهادة، وذكر القاضى أبو يعلى: مثل هذا سواء، قال وقال أحمد ما تعجبني شهادة الجهميه والرافضه والقدرية لمعلنة، وظاهر قول الشافعى وابن أبى ليلى والثورى وأبى حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الأهواء وإجاز سوار شهادة ناس من بنى العنبر ممن يرى الاعتزال قال الشافعى إلا أن يكونوا ممن يرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض كالحطائية وهم أصحاب أبى الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه.

ووجه قول من إجاز شهادتهم أنه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام أشبه الاختلاف في الفروع ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تدينا واعتقاداً أنه الحق ولم يرتكبوه عالين بتحريمه بخلاف فسق الأفعال

قال أبو الخطاب: ويتخرج على قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض أن الفسق الذى يتدين به من جهة الاعتقاد لا ترد الشهادة به، وقد روى عن أحمد جواز الرواية عن القدرى إذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة، ولنا أنه أحد نوعى الفسق فتد به الشهادة كالنوع الآخر ولأن المبتدع فاسق فتد شهادته للآية والمعنى الشرط الخامس: أن يكون متيقظاً حافظاً لما يشهد به، فإن كان مغفلاً أو معروفاً بكثرة الغلط لم تقبل شهادته

الشرط السادس: أن يكون ذا مروءة

الشرط السابع انتفاء الموانع وسنشرح هذه الشروط في مواضعها إن شاء الله تعالى
(فصل) ظاهر كلام الخرقى أن شهادة البدوى على من هو من أهل القرية
وشهادة أهل القرية على البدوى صحيحة إذا اجتمعت هذه الشروط ، وهو قول ابن
سيرين وأبى حنيفة والشافعى وأبى ثور واختاره أبو الخطاب .

وقال الإمام أحمد أخشى أن لا تقبل شهادة البدوى على صاحب القرية فيحتمل
هذا أن لا تقبل شهادته وهو قول جماعة من أصحابنا ومذهب أبى عبيد ، وقال مالك
كقول أصحابنا فيما عدا الجراح ، وكقول الباقرين فى الجراح احتياطا للدماء ،
واحتج أصحابنا بما روى أبو داود فى سننه عن أبى هريرة عن النبي صلى الله عليه
وسلم أنه قال : لا تجوز شهادة بدوى عن صاحب قرية ، ولأنه منهم حيث عدل
عن أن يشهد قرويا وأشهد بدويا

قال أبو عبيد ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله تعالى
والجفاء فى الدين

ولنا : أن من قبلت شهادته على أهل البدو قبلت شهادته على أهل القرية كأهل
القرى ويحمل الحديث على من لم تعرف عدالته من أهل البدو ، ونخصه بهذا لأن
الغالب أنه لا يكون له من يسأله الحاكم فيعرف عدالته

« مسألة » قال (والعدل من لم تظهر منه ريبة : وهذا قول إبراهيم النخعى
واسحاق)

وجملته أن العدل هو الذى تعتدل أخواله فى دينه وأفعاله ، قال القاضى يكون
ذلك فى الدين والمروءة والأحكام ، أما الدين فلا يرتكب كبيرة ولا يداوم على
صغيرة فإن الله تعالى أمر أن لا تقبل شهادة القاذف فيقاس عليه كل مرتكب
كبيرة ولا يخرج من العدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى (الذين يجتنبون كبائر
الائم والفواحش إلا اللمم ؛ قيل اللمم سغار الذنوب ولأن التحرز منها غير ممكن
جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال

إن تغفر اللهم تغفر جمعا وأى عباد لك لا الماء ؟

أى لم يلم فإن لا مع الماضى بمنزله لم مع المستقبل ؛ وقيل اللمم بالذنب ثم

لا يعمود فيه والكبائر كل معصية فيها حد والاشراك بالله وقتل النفس التي حرم الله وشهادة الزور وعقوق الوالدين

وروى أبو بكر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ الاشراك بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين - وكان متكئا لجلس فقال - ألا وقول الزور وقول الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت ، منفق عليه ، قال أحمد ؛ ولا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ، ولا تقبل شهادة من لا يؤدي زكاة ماله ، وإذا أخرج في طريق المسلمين الاسطوانات والكيف لا يكون عدلا ولا يكون ابنه عدلا إذا ورث أباه حتى يرد ما أخذه من طريق المسلمين ولا يكون عدلا إذا كذب الكذب الشديد لأن النبي صلى الله عليه وسلم رد شهادة رجل في كذبه

وقال عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم : لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود في حد ولا ذى غمر على أخيه في عداوة ولا القاطع لاهل البيت ولا مجرب عليه شهادة زور ولا ضنين في ولاء ولا قرابة ، وقد رواه أبو داود وفيه : لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه ،

فأما الصغائر فإن كان مصرا عليها ردت شهادته ، وإن كان الغالب من أمره الطاعات لم يرد لما ذكرنا من عدم إمكان التحرز منه

وأما المروءة فاجتناب الامور الدنيئة المزرية به وذلك نوعان : أحدهما من الافعال كالاكل في السوق ، يعنى به الذى ينصب مائدة في السوق ثم يأكل والناس ينظرون ، ولا يعنى به أكل الشيء اليسير كالكسرة ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو بمدرجليه في مجمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به ، أو يخاطب امرأته أو جاريتها أو غيرها بمحضرة الناس بالخطاب الفاحش أو يحدث الناس بمباضعة أهله ، ونحو هذا من الافعال الدنيئة ففاعل هذا لا تقبل شهادته لأن هذا سخر ودناءة ، فمن رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة فلا تحصل الثقة بقوله

قال أحمد في رجل شتم بهيمة قال : الصالحون لا تقبل شهادته حتى يتوب .
وقد روى أبو مسعود البدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن
مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى : إذا لم تستح فاصنع ما شئت ، يعنى من
لم يستح صنع ما شاء ، ولأن المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ، ولهذا يمتنع منه
ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين .

وقد روى عن أبي سفيان أنه حين سأل قيسر عن النبي صلى الله عليه وسلم
وصفته فقال . والله لو لا أنى كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبت ، ولم يكن
يومئذ ذا دين ، ولأن الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدنائة ، وإذا كانت المروءة
مانعة من الكذب اعتبرت في العدالة كالدين ، ومن فعل شيئا من هذا مخفيا به لم
يمنع من قبول شهادته لأن مروءته لا تسقط به ؛ وكذلك إن فعله مرة أو شيئا
قليلًا لم ترد شهادته لأن صغير المعاصي لا يمنع الشهادة إذا قل فهذا أولى ، ولأن
المروءة لا تختل بقليل هذا ما لم يكن عادته

النوع الثانى : فى الصناعات الدنيئة كالكساح والكناس لا تقبل شهادتهما لما
روى سعيد فى سننه : أن رجلا أتى ابن عمر فقال له : انى رجل كناس ، قال أى
شئ تكنس ؟ الزبل ؟ قال لا ؛ قال فاعذرة ؟ قال نعم . قال منه كسبت المال ومنه
تزوجت ومنه حبججت ؟ قال نعم . قال الاجر خبيث وما تزوجت خبيث حتى
تخرج منه كما دخلت فيه ،

وعن ابن عباس مثله فى الكساح ، ولأن هذا دناءة يجتنبه أهل المروءات
فأشبهه الذى قبله .

فأما الزبال والقراد والحجام ونحوهم ففيه وجهان :
أحدهما : لا تقبل شهادتهم لانه دناءة يجتنبه أهل المروءات فهو كالذى قبله .
والثانى تقبل لان بالناس اليه حاجة ، فعلى هذا الوجه إنما تقبل شهادته اذا كان
يتنظيف للصلاة فى وقتها ويصليها ، فإن صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجها واحدا
وأما الحيائك والجارس والدباع فهى أعلى من هذه الصنائع فلا ترد بها الشهادة ،
وذكرها أبو الخطاب فى جملة ما فيه وجهان

وأما سائر الصناعات التي لا دناءة فيها فلا ترد الشهادة بها إلا من كان منهم يخلف كاذباً أو يعد ويخلف وغلب هذا عليه فإن شهادته ترد وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها أو لا يتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ومن كانت صناعته محرمة كصانع المزامير والطنابير فلا شهادة له ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالصانع والصير في ولم يتوق ذلك ردت شهادته .

(فصل في اللعب) كل لعب فيه قمار فهو محرم أى لعب كان وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته وما خلا من القمار وهو اللعب الذي لا عوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما فنه ما هو محرم ومنه ما هو مباح فأما المحرم فاللعب بالنرد وهذا قول أبي حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم هو مكروه غير محرم .

ولنا : ما روى أبو موسى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من لعب بالنردشير فقد عصي الله ورسوله .

ووروى بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه ، رواهما أبو داود وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم .

إذا ثبت هذا : فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قماراً أو غير قمار وهذا قول أبي حنيفة ومالك وظاهر مذهب الشافعي ، قال مالك من لعب بالنرد والشطرنج فلا أرى شهادته طائله لأن الله تعالى قال (فماذا بعد الحق إلا الضلال ؟) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال

(فصل)

فأما الشطرنج فهو كالنرد في التحريم إلا أن النرد آكد منه في التحريم لورود النص في تحريمه لكن هذا في معناه فيثبت فيه حكمه قياساً عليه .

وذكر القاضي أبو حسين عن ذهب إلى تحريمه على بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومطر الوراق ومالك وهو قول أبي حنيفة وذهب الشافعي إلى إباحته ، وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بأن الأصل

الاباحة ولم يرد بتحريمها نص ولا هي في معنى النصوص عليه فتبقى على الاباحة ويفارق الشطرنج النرد من وجهين
أحدهما : ان في الشطرنج تدبير الحرب فأشبهه اللعب بالحرب والرمي بالنشاب والمسابقة بالحيل .

والثاني : أن المعول في النرد على ما يخرج منه الكعبتان فأشبهه الازلام والمعول في الشطرنج على حذقه وتدييره فأشبهه المسابقة بالسهم
ولنا : قول الله تعالى (إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) قال علي رضي الله عنه الشطرنج من الميسر . ومر علي رضي الله عنه على قوم يلعبون بالشطرنج فقال ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ؟ قال أحمد أصح ما في الشطرنج قول علي رضي الله عنه

وروى وائلة بن الأسقع رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله عز وجل ينظر في كل يوم ثلاثمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاة فيها نصيب » رواه أبو بكر بإسناده ولأنه لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فأشبهه اللعب بالنرد .

وقولهم لا نص فيها . قد ذكرنا فيها نصاً وهي أيضاً في معنى النرد المنصوص على تحريمه ، وقولهم إن فيها تدمير الحرب . قلنا ، لا يقصد هذا منها وأكثر اللاعبين بها إنما يقصدون منها اللعب أو القمار ، وقولهم إن المعول فيها على تدميره فهو أبلغ في اشتغاله بها وصددها عن ذكر الله والصلاة .

إذا ثبت هذا : فقال أحمد النرد أشد من الشطرنج وإنما قال ذلك لورود النص في النرد والاجماع على تحريمه بخلاف الشطرنج ، وإذا ثبت تحريمه فقال القاضي هو كالنرد في رد الشهادة به وهذا قول مالك وأبو حنيفة لأنه محرم مثله

وقال أبو بكر : إن فعله من يعتقد تحريمه فهو كالنرد في حقه ، وإن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته إلا أن يشغله عن الصلاة في أوقاتها أو يخرج به إلى الحلف الكاذب ونحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق أو يفعل في لعبه ما يستخف به من أجله ونحو هذا مما يخرج عن المروءة ، وهذا مذهب الشافعي وذلك لأنه يختلف فيه فأشبهه سائر المختلف فيه

(فصل)

واللاعب بالحمام يطيرها لا شهادة له ، وهذا قول أصحاب الرأي ، وكان شريح لا يجيز شهادة صاحب حمام ولا حمام ، وذلك لأنه سفيه ودناءة وقلة مروءة ويتضمن أذى الجيران بطيره وإشرافه على دورهم ورميه إياها بالحجارة وقد رأى النبي صلى الله عليه وسلم رجلا يتبع حماما فقال : شيطان يتبع شيطانه ، وإن اتخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل الكتب أو للأنس بها من غير أذى يتعدى إلى الناس لم ترد شهادته .

وقد روى عبادة بن الصامت أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فشكى إليه الوحشة فقال : اتخذ زوجا من حمام .

(فصل) فأما المسابقة المشروعة بالتحيل وغيرها من الحيوانات أو على الأقدام فباحة لا دناءة فيها ولا ترد به الشهادة ، وقد ذكرنا مشروعية ذلك في باب المسابقة وكذلك ما في معناه من الثغاف واللعب بالحرايب ، وقد لعب الحبشه بالحرايب بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وقامت عائشة خلفه تنظر إليهم وتستتر به حتى ملت ، ولأن في هذا تعلما للحرب فإنه من آلاته فأشبه المسابقة بالتحيل والمناضلة وسائر اللعب إذا لم يتضمن ضررا ولا شغلا عن فرض فلاصل إباحته ، فما كان منه فيه دناءة يترفع عنه ذور المروءات منع الشهادة إذا فعله ظاهرا وتكرر منه ، وما كان منه لا دناءة فيه لم ترد بها الشهادة بحال .

(فصل في الملاحى) وهى على ثلاثة أضرب (محرم) وهو ضرب الاوتار والنسايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزقة والرباب ونحوها فن آدم استماعها ردت شهادته ، لأنه يروى عن على رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا ظهرت فى أمتى خمسة عشرة خصلة حل بهم البلاء ، فذكر منها اظهر المعازف والملاحى

وقال سعيد ثنا فرج بن فضالة عن على بن يزيد عن القاسم عن أبي أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن الله بعثنى رحمة للعالمين وأمرنى بمحق المعازف والمزامير ، لا يحل بيعهن ولا شراؤهن ولا تعليمهن ولا التجارة فيهن وثمنهن حرام ، يعنى المضاربات

وروى نافع قال : سمع ابن عمر مزمراً قال فوضع أصبعيه في أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي : يا نافع هل تسمع شيئاً ؟ قال فقلت لا ، قال فرفع أصبعيه من أذنيه وقال : كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا ، رواه الخلال في جامعه من طريقين ، ورواه أبو داود في سنته وقال حديث منكر وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة المزمار وقالوا : لو كان حراماً لمنع النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ، ولأنكر على الزامر بها .

قلنا أما الأول فلا يصح لأن المحرم استماعها دون سماعها والاستماع غير السماع ، ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سد أذنيه وقال الله تعالى (واذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) ولم يقل سدوا آذانهم ، والمستمع هو الذي يقصد السماع ولم يوجد هذا من ابن عمر وإنما وجد منه السماع ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه لأنه عدل عن الطريق وسد أذنيه ، فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه عن أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فأبيح للحاجة .
وأما الإنكار فلعله كان في أول الهجرة حين لم يكن الإنكار واجباً ، أو قبل إمكان الإنكار لكثرة الكفار وقلة أهل الإسلام .

فإن قيل فهذا الخبر ضعيف فإن أبا داود رواه وقال هو حديث منكر قلنا قد رواه الخلال بإسناده من طريقين فاعل أبا داود ضعفه لأنه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين ، وضرب مباح وهو الدف فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف ، أخرجه مسلم .
وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي أنه مكروه في غير النكاح ، لأنه يروى عن عمر أنه كان إذا سمع صوت الدف بعث فنظر فإن كان في وليمة سكت وإن كان في غيرها حمد بالدرة .

ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : أن امرأة جاءتته فقالت : إني نذرت أن رجعت من سفرك سالماً أن أضرب على رأسك بالدف ، فقال النبي (ص)

أوف بنذرك ، رواه أبو داود ، ولو كان مكروها لم يأمرها به وإن كان مندورا .
وروت الربيع بن معوذ قالت : « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم
صبيحة بنى بجعلت جو يريات يضربن بدف لمن ويندين من قتل من آبائى يوم
بدر - الى أن قالت احداهن - وفينا نبى يعلم ما فى غد ، فقال دعى هذا وقولى الذى
كنت تقولين ، متفق عليه

وأما الضرب به للرجال فمكروه على كل حال لأنه إنما كان يضرب به النساء
والمختنون المتشبهون بهن ، ففى ضرب الرجال به تشبه بالنساء وقد اذن النبي (ص)
المتشبهين من الرجال بالنساء

فأما الضرب بالقضيب فمكروه إذا انضم اليه محرم أو مكروه كالتصفيق والغناء
والرقص ، وإن خلا عن ذلك كله لم يكره لأنه ليس بآلة ولا يطرب ولا يسمع
منفردا بخلاف الملامى ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كما قلنا

(فصل)

واختلف أصحابنا فى الغناء فذهب أبو بكر الحلال وصاحبه أبو بكر عبد العزيز
الى اباحته . قال أبو بكر عبد العزيز : والغناء والنوح معنى واحد مباح ما لم يكن
معه منكر ولا فيه طعن ، وكان الحلال يحمل الكراهة من أحمد على الافعال
المذمومة لا على القول بعينه

وروى عن أحمد أنه سمع عند ابنه صالح قوالا فلم ينكر عليه ، وقال له صالح
يا أبا به أليس كنت تنكره هذا ؟ فقال : انه قيل لى انهم يستعملون المنكر ، وعن
ذهب الى اباحته من غير كراهة سعد بن ابراهيم وكثير من أهل المدينة والعنبرى
لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : كانت عندى جاريتان تغنيان فدخل
أبو بكر فقال : مزموه الشيطان فى بيت رسول الله (ص) ؟ فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم : دعمما فإنها أيام عيد ، متفق عليه

وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : الغناء زاد الراكب ، واختار القاضى انه
مكروه غير محرم ، وهو قول الشافعى قال هو من اللهو المكروه ، وقال أحمد :
الغناء ينبت النفاق فى القلب لا يعجبني

وذهب آخرون من أصحابنا الى تحريمه ، قال أحمد فيمن مات وخلف ولدا

يتيما وجارية مغنية فاحتاج الصبي إلى بيعها تباع ساذجة ، قيل له إنها تساوي مغنية ثلاثين ألفا وتساوي ساذجة عشرين ديناراً ، قال لا تباع إلا على أنها ساذجة . واحتجوا على تحريمه بما روى عن ابن الحنفية في قوله تعالى (واجتنبوا قول الزور) قال الغناء . وقال ابن عباس وابن مسعود في قوله (ومن الناس من يشتري لهو الحديث) قال هو الغناء .

وعن أبي أمامة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن حرام ، أخرجه الترمذي وقال لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد ، وقد تكلم فيه أهل العلم وروى ابن مسعود ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الغناء ينبت النفاق في القلب ، والصحيح أنه من قول ابن مسعود ، وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى له ويأتى له أو اتخذ غلاماً أو جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له لأن هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ، ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصر متظاهر بفسوقه ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . وإن كان لا ينسب نفسه إلى الغناء وإنما يترنم لنفسه ولا يغنى الناس ، أو كان غلامه وجاريته إنما يغنيان له انبنى هذا على الخلاف فيه فمن أباحه أو كرهه لم ترد شهادته ، ومن حرمه قال : إن داوم عليه ردت شهادته كسائر الصغائر وإن لم يداوم عليه لم ترد شهادته ، وإن فعله من يعتقد حله فقياس المذهب أنه لا ترد شهادته بما لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع ، ومن كان يغشى بيوت الغناء أو يغشاه المغنون للسمع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته في قولهم جميعاً لأنه سفه ودناءة ، وإن كان معتبراً به فهو كالمغنى لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه

(فصل)

وأما الحداء وهو الإنشاد الذي تساق به الأبل فباح لا بأس به في فعله واستماعه لما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت : كنا مع رسول الله (ص) في سفر وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال ، وكان أنجشة مع النساء ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لابن رواحة : حرك بالقوم فاندفع يرتجز فتبعه أنجشة فأعنت الأبل ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأنجشة : رويدك

رفقا بالقوارير ، يعنى النساء ، وكذلك نشيد الاعراب وهو النصب لا بأس به
وسائر أنواع الانشاد ما لم يخرج الى حد الغناء ، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم
يسمع إنشاد الشعر فلا ينكره والغناء من الصوت محدود مكسور ، والغنى
من المال مقصور ، والحداء مضموم محدود كالدهاء والرعاة ، ويجوز الكسر كالنداء
والهجاء والغذاء .

(فصل) والشعر كالكلام . حسنه كحسنة وقبيحه كقبيحة ، وقد روى عن
النبي صلى الله عليه أنه قال : ان من الشعر لحكما ، وكان يضع لحسان منبرا يقوم
عليه فيمجدو من هجى رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين ، وأنشده كعب
ابن زهير قصيدة : بانت سعاد فقلبي اليوم مبتول ، في المسجد ، وقال له عمه العباس
يا رسول الله انى أريد أن أمدحك ، فقال قل : لا يفضض الله فاك ، فأنشده

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق
وقال عمرو بن الشريد : أردفتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أمدك
من شعر أمية ؟ قلت نعم فأنشدته بيتا فقال : هيه ، فأنشدته بيتا فقال : هيه ، حتى
أنشدته مائة قافية ، وقال النبي (ص) يوم حنين

أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب

وقد اختلف في هذا فقل ليس بشعر وإنما هو كلام موزون ، وقيل بل هو
شعر ولكنه بيت واحد قصير فهو كالنثر ، ويروى أن أبا الدرداء قيل له ما من
أهل بيت في الانصار الا وقد قال الشعر ، قال وأنا قد قلت

يريد المرء أن يعطى مناه ويأبى الله الا ما أراد

يقول المرء فأتدق ومالى وتقوى الله أفضل ما استفادا

وليس في اباحة الشعر خلاف ، وقد قاله الصحابة والعلماء ، والحاجة تدعو
اليه لمعرفة اللغة والعربية والاستشهاد به في التفسير ، وتعرف معانى كلام الله تعالى
وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم ، ويستدل به أيضا على النسب والتاريخ وأيام
العرب ، ويقال الشعر ديوان العرب ، فإن قيل فقد قال الله تعالى (والشعراء
يتبعهم الغاؤون)

وقال النبي صلى الله عليه وسلم ، لأن يمتلي جوف أحدكم قبحاً حتى يريه خير له من أن يمتلي شراً ، رواه أبو داود وأبو عبيد وقال معنى يريه يأكل جوفه يقال وراه يريه قال الشاعر :

وراهن ربي مثل ما قد ورينني وأحمى على أكبادهن المكاويا
قلنا أما الآية فالمراد بها من أسرف وكذب بدليل وصفه لهم بقوله (ألم تر
أنهم في كل واد يهيمون وأنهم يقولون مالا يفعلون ؟) ثم استثنى المؤمنين فقال
(إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله كثيراً) ولأن الغالب على الشعراء
قلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الأبرياء سيما من كان في ابتداء
الاسلام ممن يهجو المسلمين ويهجو النبي صلى الله عليه وسلم ويعيب الاسلام ويمدح
الكفار فوقع الذم على الأغلب واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة فالآية
دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة :

وأما الخبر فقال أبو عبيدة معناه أن يغلب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن
والفقه وقيل المراد به ما كان هجاء وفحشا فما كان من الشعر يتضمن هجو المسلمين
والقدح في أعراضهم أو التشبيب بامرأة بعينها والافراط في وصفها فذكر أصحابنا
أنه محرم وهذا إن أريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح وأما على راويه فلا يصح
فإن المغازي تروى فيها قصائد الكفار الذين هجوا بها أصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا ينكر ذلك أحد

وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن في الشعر الذي تقاولت به الشعراء
في يوم بدر وأحد وغيرها إلا قصيدة أمية بن أبي الصلت الحائية ، وكذلك يروى
شعر قيس بن الخطيم في التشبيب بعمره بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة وأم
النعمان بن بشير .

وقد سمع النبي صلى الله عليه وسلم قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبيب بسعاد
ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر . وروينا أن النعمان بن بشير دخل مجلساً
فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الخطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل أن فيها
ذكر أمه فقال النعمان دعوه فإنه لم يقل بأساً إنما قال :

وعمرة من سروات النساء تنفج بالمسك أردانها

وكان عمران بن طلحة في مجلس فغنام رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكتوه من أجله ، فقال دعوه فإن قاتل هذا الشعر كان زوجها .

فأما الشاعر فمضى كان يهجو المسلمين أو يدح بالكذب أو يقذف مسلماً أو مسلمة فإن شهادته ترد وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره ، وقد قيل أعظم الناس ذنباً رجل يهاجى رجلاً فيهجو القبيلة بأسرها

وقد روي أن أبا دلالة شهد عند قاض أخيه ابن أبي ليلى يخاف أن يرد شهادته فقال :

إن الناس غطوني تغطيت عنهم وإن بحثوا عني فقيمهم مباحث فقال القاضي : ومن يبحثك يا أبا دلالة ؟ وغرم المال من عنده ولم يظهر أنه رد شهادته .

(فصل في قراءة القرآن بالالحن)

أما قراءته من غير تلحين فلا بأس به وإن حسن صوته فهو أفضل فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « زينوا أصواتكم بالقرآن - وروى - زينوا القرآن بأصواتكم - وقال - لقد أوتي أبو موسى مزماراً من مزامير آل داود ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبي موسى « لقد مررت بك البارحة وأنت تقرأ ولقد أوتيت مزماراً من مزامير آل داود . فقال أبو موسى : لو أعلم أنك تسمع لحبرته لك تحبيراً ،

وروى « أن عائشة رضي الله عنها أبطأت على النبي صلى الله عليه وسلم ليلة فقال أين كنت يا عائشة ؟ فقالت يا رسول الله كنت أستمع قراءة رجل في المسجد لم أسمع أحداً يقرأ أحسن من قراءته فقام النبي صلى الله عليه وسلم فاستمع قراءته ثم قال : هذا سالم مولى أبي حذيفة الحمد لله الذي جعل في امتي مثل هذا ، وقال صالح قلت لأبي « زينوا القرآن بأصواتكم ، ما معناه ؟ قال إن يحسنه وقيل له ما معنى « من لم يتغن بالقرآن ، قال يرفع صوته به وهكذا قال الشافعي وقال الليث يتحزن به ويتخشم به ويتباكى به ، وقال ابن عيينة وعمر بن الحارث ووکیع يستغنى به

فأما القراءة بالتلحين فينظر فيه فإن لم يفرط في التخطيط والمد وإشباع الحركات فلا بأس به فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد قرأ ورجع ورفع صوته . قال الراوى لولا أن يجتمع الناس على لحكيت لكم قراءته . وقال عليه السلام : ليس منا من لم يتغن بالقرآن ، وقال : ما أذن الله لشيء كإذنه لنبي حسن الصوت يتغن بالقرآن يجهر به ومعنى أذن : استمع . قال الشاعر :

في سماع ياذن الشيخ له

وقال القاضى هو مكروه على كل حال ، ونحوه قول أبي عبيد ، وقال معنى قوله : ليس منا من لم يتغن بالقرآن ، أى يستغن به . قال الشاعر

وكنت امرأ زمنأ بالعراق عفيف المناخ كثير التغن

قال ولو كان من الغناء بالصوت لكان من لم يغن بالقرآن ليس من النبي (ص) وروى نحو هذا التفسير عن ابن عيينة . وقال القاضى أحمد بن محمد البرنى : هذا قول من أدركنا من أهل العلم . وقال الوليد بن مسلم : يتغن بالقرآن يجهر به . وقيل يحسن صوته به

والصحيح أن هذا القدر من التلحين لا بأس به لأنه لو كان مكروها لم يفعله النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا يصح حمله على التغن فى حديث : ما أذن الله لشيء كإذنه لنبي يتغن بالقرآن ، على الاستغناء لأن معنى أذن استمع وإنما تستمع القراءة ثم قال يجهر به والجر صفة القراءة لا صفة الاستغناء

فأما إن أفرط فى المد والتخطيط وإشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واواً والفتحة ألفاً والكسرة ياء كره ذلك ، ومن أصحابنا من يحرمه لأنه يغير القرآن ويخرج الكلمات عن وضعها ويجعل الحركات حروفاً

وقد رويناه عن أبي عبد الله أن رجلاً سأل عن ذلك فقال له : ما اسمك ؟ قال محمد ، قال أيسرك أن يقال لك يا موحامد ؟ قال لا ، فقال : لا يعجبني أن يتعلم الرجل الألحان إلا أن يكون حرمه مثل حرم أبي موسى ، فقال له رجل فيكلمون فقال لا كل ذا . واتفق العلماء على أنه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين ، وروى بريدة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقرءوا القرآن بالحزن فإنه نزل بالحزن ،

وقال المروزي سمعت أبا عبد الله قال لرجل : لو قرأت ، وجعل أبو عبد الله
ربما تغرغرت عينه .

وقال زهير بن حرب : كنا عند يحيى القطان فجاء محمد بن سعيد الترمذي فقال
له يحيى اقرأ فقرأ فغشي على يحيى حتى حمل فأدخل . وقال محمد بن صالح العدوي
قرأت عند يحيى بن سعيد القطان فغشي عليه حتى قاته خمس صلوات
(فصل)

ولا تقبل شهادة الطفيلي ، وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة ، وبهذا
قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا ، وذلك لأنه يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه قال : من أتى إلى طعام لم يدع إليه دخل سارقاً وخرج معيراً ، ولأنه يأكل
محرمًا ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة ، فإن لم يتكرر هذا منه لم ترد
شهادته لأنه من الصغائر

(فصل) ومن سأل من غير أن تحل له المسألة فأكثر ردت شهادته لأنه فعل
محرمًا وأكل سحتًا وأتى دناءة . وقد روى قبيصة قال : قال رسول الله (ص)
: إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له
المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش ، أو سدادًا من عيش ، ورجل أصابته فاقة
حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة
حتى يصيب قوامًا من عيش أو سدادًا من عيش ، ورجل تحمل حمالة فحلت له
المسألة حتى يصيبها ثم يسك ، فما سوى ذلك من المسألة فهو سحت يأكله صاحبه
سحتًا يوم القيامة ، رواه مسلم

وأما السائل ممن تباح له المسألة فلا ترد شهادته بذلك إلا أن يكون أكثر
عمره سائلًا أو أكثر ذلك منه فينبغي أن ترد شهادته لأن ذلك دناءة وسقوط
مروءة ، ومن أخذ من الصدقة عن يجوز له الأخذ من غير مسألة لم ترد شهادته
لأنه فعل جائز لا دناءة فيه ، وإن أخذ منها مالا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت
شهادته لأنه مصر على الحرام

(فصل) ومن فعل شيئًا من الفروع مختلفًا فيه معتقداً بإباحته لم ترد شهادته
كالمتزوج بغير ولي أو بغير شهود ، وآكل متروك التسمية وشارب يسير النبيذ

نص عليه أحمد في شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك ترد شهادته لأنه فعل ما يعتقد الحاكم تحريمه فأشبه المتفق على تحريمه .

ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يختلفون في الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ، ولأنه نوع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذي يوافق عليه الحاكم ، وإن فعل ذلك معتقداً تحريمه ردت شهادته به إذا تكرر . وقال أصحاب الشافعي لا ترد شهادته به لأنه فعل لا ترد به شهادة بغض الناس فلا ترد به شهادة البعض الآخر كالمتفق على حله

ولنا أنه فعل يحرم على فاعله ويأثم به فأشبه المجمع على تحريمه ، وبهذا فارق معتقد حله ، وقد روى عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته ، وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور .

فأما من يعتقد أنه على التراخي ويتركه بذية فعله فلا ترد شهادته كسائر ما ذكرنا ، ويحتمل أن ترد شهادته مطلقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم : من قدر على الحج فلم يحج فليمت إن شاء يهوديا أو نصرانيا ، وقال عمر : لقد هممت أن أنظر في الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ، ثم قال ما هم بمسلمين ما هم بمسلمين .

« مسألة ، قال (ونجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم) »

وجملته أنه إذا شهد برصية المسافر الذي مات في سفره شاهدان من أهل الذمة قبلت شهادتهما إذا لم يوجد غيرهما ويستحلان بعد العصر ما خانا ولا كتبا ولا اشتريا به ثمننا ولو كان ذا قربي ، ولا نكتم شهادة الله أنا إذا لمن الآمين قال ابن المنذر : وبهذا قال أكابر الماضين ، يعني الآية التي في سورة المائدة ، ومن قاله شريح والنخعي والأوزاعي ويحيى بن حمزة ، وقضى بذلك ابن مسعود وأبو موسى رضي الله عنهما .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : لا تقبل لأن من لا تقبل شهادته على غير

الوصية لا تقبل في الوصية كالفاسق ولأن الفاسق لا تقبل شهادته قال الكافر أولى واختلفوا في تأويل الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء ، ومنهم من قال المراد بقوله من غيركم أى من غير عشيرتكم ؛ ومنهم من قال الشهادة في الآية اليقين .
ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت) الآية ، وهذا نص الكتاب ، وقد قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، فروى ابن عباس قال : خرج رجل من بنى سهم مع تميم الدارى وعدى بن زيد فمات السهمى بأرض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقدوا جام فضة مخوصاً بالذهب فأحلفها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وجدوا الجاهل بمكة فقالوا اشتريناه من تميم وعدى ، فقام رجلان من أولياء السهمى فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الجام لصاحبهم فنزلت فيهم (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم) الآية .

وعن الشعبي د أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقا ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته فأشهد رجلين من أهل الكتاب ، فقدا الكوفة فأتيا الأشعري فأخبراه وقدما بتركته ووصيته ، فقال الأشعري هذا أمر لم يكن بعد الذى كان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأحلفها بعد العصر ما خانا ولا كذبا ولا بدلاً ولا كتماً ولا غيراً وأنها لوصية الرجل وتركته فأمضى شهادتهما ، رواها أبو داود في سننه .

وروى الحلال حديث أبي موسى بإسناده وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم لا يصح لأن الآية نزلت في قضيه عدى وتيمم بلا خلاف بين المفسرين وقد فسرهما بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبيرة والشعبي وسليمان التيمي وغيرهم ، ودلت عليه الأحاديث التي رويتها ، ولأنه لو صح ما ذكروه لم تجب الأيمان لأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم ، وحملها على التحمل لا يصح لأنه أمر بإحلافهم ولا أيمان في التحمل ، وحملها على اليقين لا يصح لقوله (فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمناً ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله) الآية ، ولأنه عطفها على ذوى العدل من المؤمنين وهما شاهدان .

وروى أبو عبيد في النسخ والمنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان ، قال أحمد أهل المدينة ليس عندهم حديث أبي موسى من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضاء الصحابة به وعملهم بما ثبت في الكتاب والسنة فتعين المصير إليه والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه .

« مسألة ، قال (ولا يجوز شهادتهم في غير ذلك) »

مذهب أبي عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ولا كافر غير ما ذكرنا ، رواه عنه نحو من عشرين نفساً ، وعن قال لا تقبل شهادتهم الحسن وابن أبي ليلى والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو ثور ، ونقل حنبل عن أحمد أن شهادة بعضهم على بعض لم تقبل ، وخطأه الخلل في نقله ، هذا وكذلك صاحبه أبو بكر قال : هذا غلط لا شك فيه ، وقال ابن حامد بل المسألة على روايتين ، وقال أبو حفص البرمكي : تقبل شهادة السبي بعضهم لبعض في النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه والمذهب الأول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك وذهبت طائفة من أهل العلم إلى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فمنهم من قال الكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي ، هذا قول حماد وسوار والثوري والبتي وأبي حنيفة وأصحابه ، وعن قتادة والحكم وأبي عبيد وإسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ولا نصراني على يهودي ، وروى عن الزهري والشعبي كقولنا وكقولهم .

واحتجوا بما روى عن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض » رواه ابن ماجه ، ولأن بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين .

ولنا قول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى) واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بذي عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه .

ولأنه لا تقبل شهادته على غير أهل دينه فلا تقبل على أهل دينه كالحربي ، والخبر يرويه بحالده وهو ضعيف ، وإن ثبت فيحتمل أنه أراد البين فإنها تسمى شهادة ، قال الله تعالى في اللعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين) وأما الولاية فتعلقها القرابة والشفقة ، وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة ، فإن غير أهل دينهم لا يلي عليهم ، والحاكم يتعذر عليه ذلك أكثرتهم بخلاف الشهادة فإنها ممكنة من المسلمين ، وقد روى عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يقبل شهادة أهل دين إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم

• مسألة ، قال (ولا تقبل شهادة خصم ولا جارت إلى نفسه ولا دافع عنها)

أما الخصم فهو نوعان . أحدهما : كل من خاصم في حق لا تقبل شهادته فيه كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ، ولا الوصي فيما هو وصي فيه ، ولا الشريك فيما هو شريك فيه ، ولا المضارب بمال أو حق للمضاربة ، ولو غصب الوديعة من المودع وطالب بها لم تقبل شهادته فيها وكذلك ما أشبه هذا لأنه خصم فيه فلم تقبل شهادته به كالمالك

والثاني : العدو فشهادته غير مقبولة على عدوه في قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن ربيعة والثوري وإسحاق ومالك والشافعي ، ويريد بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية ، مثل أن يشهد المقتدوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع ، والمقتول وليه على القاتل ، والمجروح على الجارح ، والزوج يشهد على امرأته بالزنا فلا تقبل شهادته لأنه يقر على نفسه بعداوته لها لإفسادها فراشه فأما العداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر ، أو المحق من أهل السنة يشهد على مبتدع فلا ترد شهادته لأن العدالة بالدين ، والدين يمنع من ارتكاب محظور دينه . وقال أبو حنيفة : لا تمنع العداوة الشهادة لأنها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة .

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال ، قال رسول الله (من) لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه ،

رواه أبو داود . الغمر الحقد ، ولأن العداوة تورث التهمة فتمنع الشهادة كالقراءة القريبة . وتخالف الصداقه فإن في شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه ويبيع آخرته بدنياه غيره : وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فافترقا .

فإن قيل فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة ؟ قلنا العداوة ههنا دينية والدين لا يقتضى شهادة الزور ولا أن يترك دينه بموجب دينه .

فصل

فإن شهد على رجل بحق فقتله المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك لأننا لو أبطالنا شهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه من إبطال شهادة الشاهد بأن يقتله ، ويفارق ما لو طرأ الفسق بعد أداء الشهادة وقبل الحكم ، فإن رد الشهادة فيه لا يفضى الى ذلك بل الى عكسه ، ولأن طريان الفسق يورث تهمة في حال أداء الشهادة لأن العادة إسراؤه فظهوره بعد أداء الشهادة يدل على أنه كان يسره حالة أدائها ، وههنا حصلت العداوة بأمر لا تهمة على الشاهد فيه ، وأما المحاكمه في الاموال فليست بعداوة تمنع الشهادة في غير ما حاكم فيه .

وأما قوله : ولا جاره الى نفسه ، فإن الجار الى نفسه هو الذى ينتفع بشهادته ويجر اليه بها نفعا كشهادة الغرماء للمفلس بدين أو عين ، وشهادتهم للميت بدين أو مال فإنه لو ثبت للمفلس أو الميت دين أو مال تعلقت حقوقهم به ، ويفارق ما لو شهد الغرماء لحي لا حجر عليه بمال فإن شهادتهم تقبل لأن حقوقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته .

فإن قيل إذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة ، فإذا شهد له بمال ملكا مطالبته فجرؤا الى أنفسهم نفعا . قلنا لم تثبت المطالبة بشهادتهم إنما تثبت بيساره وإقراره لدعواه الحق الذى شهدوا به ولا تقبل شهادة الوارث للموروث بالجرح قبل الاندمال لأنه قد يسرى الجرح الى نفسه فتجب الدية لهم بشهادتهم ولا شهادة الشفيع ببيع شقص له فيه الشفعة ، ولا شهادة السيد لعبده المأذون له في التجارة ولا لمكاتبه ، قال القاضى : ولا تقبل شهادة الأجير لمن استأجره ، وقال نص عليه أحد .

فإن قيل فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع أنه إذا مات ورثه فقد جر إلى نفسه بشهادته نقعاً ؟ قلنا لا حق له في ماله حين الشهادة وإنما يحتمل أن يتجدد له حق وهذا لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد لامرأة يحتمل أن يتزوجها أو لغريم له بما لا يحتمل أن يوفيه منه أو بفلس فيتعلق حقه به ، وإنما المانع ما يحصل للشاهد به نفع حال الشهادة .

فإن قيل فقد منعتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز أن يتجدد له حق وإن لم يكن له حق في الحال ، فإن قلتم قد انعقد سبب حقه ، قلنا يبطل بالشاهد لموروثه المريض بحق فإن شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه بدليل أن عطيته له لا تنفذ وعطيته لغيره تقف على الخروج من الثلث ، قلنا إنما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح لأنه ربما أفضى إلى الموت فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهداً لنفسه موجبا له بها حقاً ابتداء بخلاف الشاهد للمريض أو المجروح بما لا فإنه إنما يجب للشهود له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لا ينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغيره

فإن قيل : فقد أجزتم شهادة الغريم لغيره بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بماله .

قلنا إنما أجزناها لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداء إنما تجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفي الغريم منها فأشبهت الشهادة له بالمال

وأما الدافع عن نفسه فمثل أن يشهد المشهود عليه بجرح الشهود أو تشهد عاقلة القاتل خطأ بجرح الشهود الذين شهدوا به لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم فإن كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما لأنهما لا يحملان شيئاً من الدية واحتمل أن لا تقبل لأنه يخاف أن يسرا قبل الحول فيحملان ، وكذلك الخلاف في البعيد الذي لا يحمل لبعده فإنه لا يأمن أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ولا تقبل شهادة الضامن للضمنون عنه بقضاء الحق أو الإبراء منه ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر بإسقاط شفيعته لأنه يوفر الحق على نفسه ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعضهم بإسقاط دينه أو استيفائه ولا بعض من

أوصى له بمال على آخر بما يبطل وصيته إذا كانت وصيته تحصل بها مزاحته ، إما لضيق الثلث عنهما أو لكون الوصيتين بعين ، فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه لأن الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ودفع الضرر عنها ، فيكون شاهداً لنفسه :

وقد قال الزهرى مضت السنة في الإسلام أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين والظنين المتهم . وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قال : قضى رسول الله (ص) أن لا شهادة لخصم ولا ظنين . ومن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً .

فصل

وإن شهد الشريك لشريكه في غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكله في غير ما هو وكيل فيه ، أو العدو لعدوه أو الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شفيعته على الآخر بإسقاط شفيعته أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو كانت إحدى الوصيتين لاتزاحم الأخرى ونحو ذلك مما لا تهمة فيه قبلت ، لأن المقتضى لقبول الشهادة متحقق والممانع منتف فوجب قبولها عملاً بالمقتضى

« مسألة ، قال (ولا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط والغفلة) »

وجملته أنه يعتبر في الشاهد أن يكون موثقاً بقوله لتحصل غلبة الظن بصدقه ولذلك اعتبرنا العدالة ومن يكثر غلطه وتغفله لا يوثق بقوله لاحتمال أن يكون من غلطاته ، فربما شهد على غير من استشهد عليه أو لغير من شهد له أو بغير ما استشهد به ، وإذا كان مغفلاً فربما استزله الخصم بغير شهادته فلا تحصل الثقة بقوله ، ولا يمنع من الشهادة وجود غلط نادر أو غفلة نادرة لأن أحداً لا يسلم من ذلك ، فلو منع ذلك الشهادة لانسد بابها ، فاعتبرنا الكثرة في المنع كما اعتبرنا كثرة المعاصي في الإخلال بالعدالة

« مسألة ، قال (وتجاوز شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت) »

روى هذا عن علي وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهرى ومالك وابن أبي ليلى وإسحاق وابن المنذر

وقال أبو حنيفة والشافعي لا تقبل شهادته ، وروى ذلك عن النخعي وأبراهيم واختلاف عن الحسن وإياس وابن أبي ليلى ، وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة وإذا أقر عند أذنه ويد الأعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ، ولم يجزها في غير ذلك لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال لا تجوز على الأقوال كالصبي ، ولأن الأصوات تشبه فلا يحصل اليقين ، فلم يجز أن يشهد بها كالحط .

ولنا قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وسائر الآيات في الشهادة ولأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالصبي ، وفارق الصبي فإنه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ، ولأن السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين ، وقد يكون المشهود عليه من ألفه الأعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقينا فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالصبي ، ولا سبيل إلى إنكار حصول اليقين في بعض الأحوال

قال قتادة . للسمع قيافة كقيافة البصر ، ولهذا قال أصحاب الشافعي تقبل شهادته فيما ثبت بالاستفاضة ولا يثبت عندهم حتى يسمعها من عدلين ولا بد أن يعرفها حتى يعرف عدلتها ، فإذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف المقر ، ولا خلاف في قبول روايته وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوتها وصحة قبوله النكاح وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور ، وفارق الأفعال فإن مدركها الرؤية وهي غير ممكنة من الأعمى والأقوال مدركها السمع ، وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ، ويفارق الحط فإنه لو تيقن من كتب الحط أو رآه وهو يكتبه لم يجز أن يشهد بما كتب فيه

إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز أن يشهد إلا إذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه يقينا ، فإن جوزه أن يكون صوت غيره لم يجز أن يشهد به كما لو اشتبه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه

(فصل) فإن تحمل الشهادة على فعل ثم عصى جاز أن يشهد به إذا عرف

المشهود عليه باسمه ونسبه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أصلاً لأنه لا يجوز أن يكون حاكماً

ولنا ما تقدم ولأن العمى فقد حاسة لا تخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة كالعصم ، ويفارق الحكم فإنه يعتبر له من شروط الكمال ما لا يعتبر للشهادة ، ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما ، فإن لم يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه لكن يثق بصوته لكثرة إلفه له صح أن يشهد به أيضاً لما ذكرنا في أول المسألة وإن شهد عند الحاكم ثم عمى قبل الحكم بشهادته جاز الحكم بها ؛ وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يجوز الحكم بها لأنه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق

وأنا أنه معنى طراً بعد أداء الشهادة لا يورث تهمة في حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت وفارق الفسق فإنه يورث تهمة حال الشهادة

(فصل)

ولا تجوز شهادة الآخرس بحال ، نص عليه أحمد رضي الله عنه فقال لا تجوز شهادة الآخرس ، قيل له وإن كتبها ؟ قال لا أدري ، وهذا قول أصحاب الرأي وقال مالك والشافعي وابن المنذر: تقبل إذا فهمت اشارته لأنها تقوم مقام نطقه في أحكامه من طلاقه ونكاحه وظهاره وإيلائه فكذلك في شهادته ، واستدل ابن المنذر بأن النبي صلى الله عليه وسلم أشار وهو جالس في الصلاة إلى الناس وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا .

ولنا أنها شهادة بالإشارة فلم تجز كأشارة الناطق ، يحققه أن الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لا يكتفى بإيحاء الناطق ولا يحصل اليقين بالإشارة وإنما اكتفى بإشارته في أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة هنا ولهذا لم يجز أن يكون حاكماً ولأن الحاكم لا يمضي حكمه إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر حكمه والشاهد لا يشهد برؤية خطه فلأن لا يحكم بخط غيره أولى

وما استدل به ابن المنذر لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام وعمل بإشارته في الصلاة ، ولو شهد الناطق بالإيحاء والإشارة لم يصح إجماعاً ، فلم أن الشهادة مفارقة لغيرها من الأحكام

« مسألة ، قال (ولا تجوز شهادة الوالدين وإن علوا للولد وإن سفل ، ولا شهادة الولد وإن سفل لهما وإن علوا) »

ظاهر المذهب : أن شهادة الوالد لولده لا تقبل ولا لولد ولده وإن سفل وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا لوالدته ولا جده ولا جدته من قبل أبيه وأمه وإن علوا وسواء في ذلك الآباء والأمهات وآباؤهما وأمهاتهما ، وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي .

وروى عن أحمد رحمه الله رواية ثانية تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب له لأن مال الابن في حكم مال الأب له أن يملكه إذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه أو يجز بها لنفسه نفعا قال النبي صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » وقال « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم » ولا يوجد هذا في شهادة الابن لأبيه .

وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه في مالاتهما فيه كالنكاح والطلاق والقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة في حقه . وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة .

وروى ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزني وداود وإسحاق وابن المنذر لعموم الآيات ولأنه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالأجنبي .

ولنا : ما روى الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء » والظنين المتهم والأب يتهم لولده لأن ماله كماله بما ذكرنا ولأن بينهما بعضيه فكأنه يشهد لنفسه ولهذا قال عليه السلام « فاطمة بضعة مني يربني ما ربهاء » ولأنه متهم في الشهادة لولده كتهمة العدو في الشهادة على عدوه والخبر أخص من الآيات فتخص به

(فصل) فأما شهادة أحدهما على صاحبه فتقبل نص عليه أحد وهذا قول عامة أهل العلم ولم أجد عن أحمد في الجامع فيه خلافا وذلك لقول الله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين) فأمر بالشهادة عليهم ولولم تقبل لما أمر بها ولأنها إنمادت للثمة في إيصال النفع ولا ثمة في شهادته عليه فوجب أن تقبل كشهادة الأجنبي بل أولى فإن شهادته لنفسه لما ردت للثمة في إيصال النفع إلى نفسه كان إقراره عليه مقبولا وحكى القاضى في المجرد رواية أخرى أن شهادة أحدهما لا تقبل على صاحبه لأن شهادته له غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق .

وقال بعض الشافعية لا تقبل شهادة الابن على أبيه في قصاص ولا حد قذف لأنه لا يقتل بقتله ولا يحد بقذفه فلا يلزمه ذلك والمذهب الأول لما ذكرنا ولأنه يترحم له ولا يترحم عليه فشهادته عليه أبلغ في الصدق كإقراره على نفسه .

(فصل) وإن شهد اثنان بطلاق خرة أمها وقذف زوجها لها قبلت شهادتهما لأن حق أمها لا يزداد به وسواء كان المشهود عليه أباهما أو أجنبيًا، وتوفير الميراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه .

(فصل) وتجوز شهادة الرجل لابنه من الرضاعة وأبيه منها وسائر أقاربه منها لأنه لا نسب بينهما وجب الانفاق والصله وعق أحدهما على صاحبه وتبسطه في ماله بخلاف قرابة النسب .

مسألة ، قال (ولا السيد لعبد ولا العبد لسيد)

أما شهادة السيد لعبد فقير مقبولة . لأن مال العبد لسيد فشهادته له شهادة لنفسه ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، ولا نعلم في هذا خلافاً ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ولا لأمته بطلاق لأن في طلاق أمته تخليصها له وإباحة بضعها له وفي نكاح العبد نفع له ونفع مال الإنسان نفع له؛ ولا تقبل شهادة العبد لسيد لأنه يتبسط في مال سيده ويستفيع به ويتصرف فيه وتجب نفقته منه ولا يقطع بسرقة فلا تقبل شهادته له كالابن مع أبيه .

مسألة ، قل أن يولا الزوج لامرأته ولا المرأة لزوجها لانه

وبهذا قال الشافعي والنخعي ومالك وإسحاق وأبو حنيفة وأجاز شهادة كل واحد منهما لصاحبه شريح والحسن والشافعي وأبو ثور لأنه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالأجارة . وعن أحمد رواية أخرى كقولهم . وقال الثوري وإن أبي ليلى تقبل شهادة الرجل لامرأته لأنه لا تهمة في حقه ، ولا تقبل شهادتها له لأن يساره وزيادة حقه من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال وهي مشبهة لذلك . ولنا أن كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب وينسبط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه ، ولأن يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ، ويسار المرأة تزيد به قيمة بضعها المملوك لزوجها ، فكان كل واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه فلم تقبل كشهادته لنفسه

ويحقق هذا أن مال كل واحد منهما يضاف إلى الآخر . قال الله تعالى (وقرن في بيوتكن) وقال (لا تدخلوا بيوت النبي) فأضاف البيوت اليهن قارة وإلى النبي صلى الله عليه وسلم أخرى ، وقال (لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال عمر للذي قال له : إن غلامي سرق امرأة امرأتي : لا قطع عليه عندكم سرق مالك ، ويفارق عند الأجارة من هذه الوجوه كلها

مسألة ، قال (وشهادة الاخ لاخته جائزة)

قال ابن المنذر . أجمع أهل العلم على أن شهادة الاخ لاخته جائزة ، روى هذا عن ابن الزبير ، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والشافعي والثوري ومالك والشافعي ، وأبو عبد الله وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

وحكى عن ابن المنذر عن الثوري : إنه لا تقبل شهادة كل ذي رحم محرم . وعن مالك أنه لا تقبل شهادته لأخيه إذا كان منقطعاً إليه في صلته وروحه لأنه منهم في حقه . وقال ابن المنذر : قال مالك لا تجوز شهادة الاخ لأخيه في النسب وتجنون في الحقوق

ولأن عموم الروايات ولأنه يمتنع من غير منهم فتقبل شهادته له كالأخ حنفي ولا يصح القياس على الوالد والولد لأن بينهما بعضية وقراه قوية بخلاف الاخ

(فصل) وشهادة العم وابنه والحال وابنه وسائر الأقارب أولى بالجواز
فإن شهادة الأخ إذا أجزت مع قربه كان تنبيها على شهادة من هو أبعد منه
بطريق الأولى .

(فصل) وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه في قول عامة العلماء إلا مالك قال
لا تقبل شهادة الصديق الملائف لأنه يجر إلى نفسه نفعاً بها فهو مشبه فلم تقبل
شهادته كشهادة العدو على عدوه

ولنا عموم أدلة الشهادة وما قاله يبطل شهادة الغريم للدين قبل الحجر، وإن
كان ربما قضاه دينه منه فجر إلى نفسه نفعاً أعظم مما يرجي منها بين الصديقين ، فأما
العداوة فسببها محذور وفي الشهادة عليه شفاء غيظه منه تخالفت الصداقة .

« مسألة ، قال (وتجاوز شهادة العبد في كل شيء إلا في الحدود ، وتجاوز
شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة . أحدها في قبول شهادة العبد فيما عدا
الحدود والقصاص فالمذهب أنها مقبولة ، روى ذلك عن علي وأنس رضي الله
عنهما . قال أنس : ما علمت أن أحداً رد شهادة العبد ، وبه قال عروة وشريح
وإياس وابن سيرين والبتى وأبو ثور وداود وابن المنذر ، وقال عطاء ومجاهد
والحسن ومالك والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو عبيد : لا تقبل
شهادته لأنه غير ذي مروءة ولأنها مبنية على الكمال لا تتبعه فلم يدخل فيها العبد
كالميراث ، وقال الشعبي والنخعي والحكم تقبل في الشيء اليسير .

ولنا عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فإنه من رجالنا وهو عدل تقبل
روايته وفتياه وأخباره الدينية

وروى عقبة بن الحارث قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي أهاب فجاءت أمة
سوداء فقالت قد أرضعتك ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال .
وكيف وقد زعمت ذلك ؟ متفق عليه . وفي رواية أبي داود : فقلت يا رسول الله
إنها لكاذبة ، قال : وما يدريك وقد قالت ما قالت ؟ دعها عنك ، ولأنه عدل غير

منهم فتقبل شهادته كالحُر ، ولا نسلم أنه غير ذى مروءة فإنه كالحُر ينقسم الى من له مروءة ومن لا مروءة له ، وقد يكون منهم الأمراء والعلماء والصالحون والأتقياء .
سئل إياس بن معاوية عن شهادة العبيد فقال : أنا أرد شهادة عبد العزيز بن صهيب ؟ وكان منهم زياد بن أبي زياد مولى ابن عباس من العلماء الزهاد ، وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره ويكرمه

ومنهم عكرمة مولى ابن عباس أحد العلماء الثقات ، وكثير من العلماء الموالى كانوا عبيداً أو أبناء عبيد لم يحدث فيهم بالاعتاق إلا الحرية ، والحرية لا تغير طبعاً ولا تحدث علماً ولا مروءة ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة
ولا يصح قياس الشهادة على الميراث ، فإن الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوقه والعبد لا تمكنه الخلافة لأن ما يصير اليه يملكه سببه فلا يمكن أن يخلف فيه ؛ ولأن الميراث يقتضى التملك والعبد لا يملك ، ومبنى الشهادة على العدالة التى هى مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك فوجب أن تقبل شهادته .

الفصل الثانى : أن شهادته لا تقبل فى الحد ، وفى القصاص احتالان .
أحدهما : تقبل شهادته فيه لأنه حق آدمى لا يصح الرجوع عن الإقرار به فأشبهه الاموال .

والثانى : لا تقبل لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأشبهه الحد
وذكر الشريف وأبو الخطاب فى العقوبات كلها من الحدود والقصاص روايتين إحداهما تقبل لما ذكرنا ولأنه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحُر
والثانية لا تقبل وهو ظاهر المذهب لأن الاختلاف فى قبول شهادته فى الاموال نقص وشبهة فلم تقبل شهادته فيها يدرأ بالشبهات ؛ ولأنه ناقص الحال فلم تقبل شهادته فى الحد والقصاص كالمرأة

الفصل الثالث : شهادة الامة جائزة فيها تجوز فيه شهادة النساء ، لأن النساء لا تقبل شهادتهن فى الحدود والقصاص ، وإنما تقبل فى المال أو سببه ، والامة كالحره فيها عداهما فساوتهن فى الشهادة ، وقد دل عليه حديث عقبه بن الحارث
(فصل) وحكم المكاتب والمدير وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن فيها ذكرنا

لان الرق فيهم، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لا تجوز شهادة المكاتب،
وبه قال عطاء والشعبي والنخعي .

ولنا ما ذكرناه في العبد، وإذا ثبت الحكم في القن ففى هؤلاء أولى لانهم أكمل
منه لوجود أسباب الحرية فيهم .

« مسألة ، قال (وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره) .

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء والحسن والشعبي والزهرى والشافعى
واسحاق وأبو عبيد وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال مالك والليث : لا تجوز شهادته
في الزنا وحده لانه متهم ، فإن العادة فيمن فعل قبيحا أنه يجب ان يكون له نظراء
وحكى عن عثمان انه قال : ودت الزانية ان النساء كلهن زنين .
ولنا عموم الايات وانه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فقبل في الزنا كغيره
ومن قبلت شهادته في القتل قبلت في الزنا كولد الرشيدة ، قال ابن المنذر وما احتجوا
به غلط من وجوه .

أحدها : أن ولد الزنا لم يفعل فعلا قبيحا يجب ان يكون له نظراء فيه
والثاني : اننى لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتا عنه وأشبه ذلك ان لا يكون
ثابتا عنه ؛ وغير جائز ان يطلق عثمان كلاما بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكرو
الثالث : ان الزانى لو تاب اقبلت شهادته وهو الذى فعل الفعل القبيح، فإذا
قبلت شهادته مع ما ذكره فغيره أولى ، فانه لا يجوز ان يلزم ولده من وزره
أكثر مما يلزمه وما يتعدى الحكم الى غيره من غير ان يثبت فيه مع ان ولده لا يلزمه
شئ من وزره لقول الله تعالى : ولا تزر وازرة وزر أخرى (وولد الزنا لم يفعل
شيئا يستوجب به حكما

« مسألة ، قال (وإذا تاب القاذف قبلت شهادته)

وجملته ان القاذف ان كان زوجا لحقق قذفه بيينة او لعان او كان اجنبيا لحققه
بالبيينة او باقرار المقدوف لم يتعلق بقذفه فسق ولا حد ولا رد شهادة ، وان لم
يحقق قذفه بشئ من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته
انقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين

جلده ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) فإن تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا .

وروى ذلك عن عمر وأبي الدرداء وابن عباس ، وبه قال عطية وطاوس ومجاهد والشعبي والزهرى وعبد الله بن عتبة وجعفر بن أبي ثابت وأبو الزناد ومالك والشافعي والبتى وإسحاق وأبو عبيد وابن المنذر ، وذكره ابن عبد البر عن يحيى ابن سعيد وربيعة ، وقال شريح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري وأصحاب الرأي لا تقبل شهادته إذا جلد وإن تاب ، وعند أبي حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب فالخلاف معه في فصلين .

أحدهما : أنه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه ، وعند أبي حنيفة ومالك لا تسقط إلا بالجلد .

والثاني : أنه إذا تاب قبلت شهادته وإن جلد ، وعند أبي حنيفة لا تقبل وتعلق بقول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وروى ابن ماجة بإسناده عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا محدود في الإسلام ، واحتج في الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به البينة فلا يجب به التفسير .

ولنا في الفصل الأول إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فانه يروى عن عمر رضى الله عنه انه كان يقول لأبي بكر حين شهد على المغيرة بن شعبه تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعاً . قال سعيد بن المسيب : شهد على المغيرة ثلاثة رجال : أبو بكر ونافع بن الحارث وشبل بن معبد ، ونكل زياد لجلد عمر الثلاثة وقال لهم توبوا تقبل شهادتكم ، فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبى أبو بكر فلم يقبل شهادته ، وكان قد عاد مثل النصل من العباداة ، ولأنه تائب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا ، يحققه أن الزنا أعظم من القذف به ، وكذلك قتل النفس التي حرم الله ، وسائر الذنوب إذا تاب فاعلمها قبلت شهادته فهذا أولى

وأما الآية فهي حجة لنا فانه استثنى التائبين بقوله تعالى (الا الذين تابوا) والاستثناء من النفي إثبات فيكون تقديره (الا الذين تابوا) فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين .

فإن قالوا إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التي تليه بدليل أنه لا يعود إلى الجلد . قلنا بل يعود إليه أيضا ، لأن هذه الجملة معطوف بعضها على بعض بالواو وهي للجمع تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا ما منع منه مانع ولهذا لما قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا يؤمن الرجل الرجل في بيته ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه ، عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعا ، ولأن الاستثناء بغاير ما قبله فعاد إلى الجملة المعطوف بعضها على بعض بالواو كالمشروط : فإنه لو قال امرأته طالق وعنده حر أن لم يقم عاد الشرط اليهما كذا الاستثناء ، بل يعود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى ، لأن رد الشهادة هو المأمور به فيكون هو الحكم والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أولى من رده إلى التعليل . وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف قال ابن عبد البر : لم يرفعه من روايته حجة ، وقد روى من غير طريقه ولم تذكر فيه هذه الزيادة ، فدل ذلك على أنها من غلظه ، ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود في غير القذف بعد توبته ، ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود نائب سوى هذا .

وأما الفصل الثماني فدليلنا فيه الآية ، فإنه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء إيجاب الجلد ورد الشهادة والفسق فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه كالجلد ، ولأن الرمي هو المعصية والذنب الذي يستحق به العقوبة وتثبت به المعصية الموجبة لرد الشهادة ، والحد كفارة وتطهير فلا يجوز تعليق رد الشهادة به ، وإنما الجلد ورد الشهادة حكمان للقذف فيثبتان جميعا به وتختلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر .

وقولهم إنما يتحقق بالجلد لا يصح ؛ لأن الجلد حكم القذف الذي تعذر تحقيقه فلا يستوفى قبل تحقق القذف ، وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحقق سببه وبصير متحققا بعده ؟ هذا باطل

(فصل) والقاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب ، والشاهد بالزنا إذا لم تكمل البينة تقبل روايته دون شهادته . وحكى عن الشافعي أن شهادته لا ترد .

ولنا أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكره وقال له تب أقبل شهادتك ، وروايته مقبولة ولا نعلم خلافا في قبول رواية أبي بكره مع رد عمر شهادته

« مسألة ، قال (وتوبته أن يكذب نفسه)

ظاهر كلام أحمد والخرقي أن توبة القاذف اكذاب نفسه ، فيقول كذبت فيما قلت ، وهذا منصوص الشافعي واختيار الاصطخري من أصحابه .

قال ابن عبد البر : ومن قال هذا سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والشعبي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور لما روى الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في قوله تعالى (الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) قال توبته اكذاب نفسه ، ولان عرض المقذوف تلوث بقذفه فاكذابه نفسه يزيل ذلك التلويث فتكون التوبة به .

وذكر القاضي أن القذف ان كان سباً فالتوبة منه اكذاب نفسه ، وان كان شهادة فالتوبة منه أن يقول القذف حرام باطل وان أعود الى ما قلت . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، قال وهو المذهب لأنه قد يكون صادقا فلا يؤمر بالكذب ، والخبر محمول على الاقرار بالبطلان لانه نوع اكذاب

والاولى أنه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والاقرار ببطلان ما قاله وتحريمه وأنه لا يعود الى مثله ، وان لم يعلم صدق نفسه فتوبته اكذاب نفسه ، سواء كان القذف بشهادة أو سب لانه قد يكون كاذبا في الشهادة صادقا في السب .

ووجه الاول أن الله تعالى سمي القاذف كاذبا اذا لم يأت بأربعة شهداء على الاطلاق بقوله سبحانه (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) فتكذيب الصادق نفسه يرجع الى أنه كاذب في حكم الله وان كان في نفس الامر صادقا

(فصل) وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه متى تاب منه قبل الله توبته ، بدليل قوله تعالى (والذين اذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا

لذنوبهم ومن يغفر الذنوب إلا الله ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون . أولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم) الآية وقال (ومن يعمل سوءاً أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يجد الله غفوراً رحيماً) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : التائب من الذنب كمن لا ذنب له ، وقال عمر رضي الله عنه : بقية عمر المؤمن لا قيمة له يدرك فيه ما فات ويحيى فيه ما أمانت ويبدل الله سيئاته حسنات ،

والتوبة على ضربين باطنة وحكمية ، فأما الباطنة فهي ما بينه وبين ربه تعالى ، فإن كانت المعصية لا توجب حقاً عليه في الحكم كقبلة أجنبية أو الخلو بها وشرب مسكر أو كذب فالتوبة منه الندم والعزم على أن لا يعود ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : الندم توبة ،

وقيل التوبة النصوح تجمع أربعة أشياء : الندم بالقلب والاستغفار باللسان وإضمار أن لا يعود ومجانبة خلطاء السوء ، وإذا كانت توجب عليه حقاً تعالى أو لادمي كمنع الزكاة والغصب فالتوبة منه بما ذكرنا وترك المظلمة حسب إمكانه بأن يؤدي الزكاة ويرد المغصوب أو مثله إن كان مثلياً وإلا قيمته ، وإن عجز عن ذلك نوى رده متى قدر عليه ، فإن كان عليه فيها حق في البدن . فإن كان حقاً لادمي كالتقصص وخذ القذف اشترط في التوبة التمكين من نفسه وبذلها للمستحق وإن كان حقاً تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته أيضاً بالندم والعزم على ترك العود ولا يشترط الإقرار به ، فإن كان ذلك لم يشتمر عنه فالأولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى ، فإنه من أبدى لنا صفحتنا أقننا عليه الحد ، فإن الغامدية حين أقرت بالزنا لم ينكر عليها النبي صلى الله عليه وسلم ذلك وإن كانت معصية مشهورة فذكر القاضي أن الأولى الإقرار به ليقام عليه الحد ، لأنه إذا كان مشهوراً فلا فائدة في ترك إقامة الحد عليه

والصحيح أن ترك الإقرار أولى لأن النبي صلى الله عليه وسلم عرض للمقر عنده بالرجوع عن الإقرار ، فعرض لماعز وللمقر عنده بالسرق بالرجوع مع اشتهاره عنه بإقراره . وكره الإقرار حتى أنه قيل لما قطع السارق كأنما أسف وجهه رماداً . ولم يرد الأمر بالإقرار ولا الحث عليه في كتاب ولا سنة ولا

يصح له قياس . انما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض للمقر بالرجوع عن
الاقرار ، وقال لهزال وكان هو الذي أمر ماعزاً بالاقرار « يا هزال لو سترته
بشوك كان خيراً لك ،

وقال أصحاب الشافعي : توبة هذا اقراره ليقام عليه الحد ، وليس بصحيح لما
ذكرنا ، ولان التوبة توجد حقيقتها بدون الاقرار وهي تجب ما قبلها كما ورد في
الاخبار مع ما دلت عليه الايات في مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الاصرار .
وأما البدعة فالتوبة منها بالاعتراف بها والرجوع عنها واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها
(فصل)

ظاهر كلام أحمد والحرقي أنه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول
الشهادة وصحة ولايته في النكاح اصلاح العمل ، وهو أحد القواين للشافعي ، وفي
القول الآخر يعتبر اصلاح العمل الا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا ولم يكمل عدد
الشهود فانه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار اصلاح ، وما عداه فلا تكفي التوبة
حتى تمضي عليه سنة تظهر فيها توبته ويتبين فيها صلاحه

وذكر أبو الخطاب هذا رواية لأحمد لأن الله تعالى قال (الا الذين تابوا من
بعد ذلك وأصلحوا) وهذا نص فانه نهي عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب
المصلح . ولأن عمر رضي الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه حتى بلغته توبته
فأمر أن لا يكلم الا بعد سنة

ولنا قوله عليه السلام « التوبة تجب ما قبلها » وقوله « التائب من الذنب
كمن لا ذنب له » ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة فكذلك الاحكام ، ولأن
التوبة من الشرك بالاسلام لا تحتاج الى اعتبار ما بعده وهو أعظم الذنوب كلها
فما دونه أولى .

فأما الآية فيحتمل أن يكون الاصلاح هو التوبة وعطفه عليها لاختلاف
اللفظين . ودليل ذلك قول عمر لابن بكرة « تب أقبل شهادتك » ولم يعتبر أمراً
آخر ، ولأن من كان غاصباً فرد ما في يديه أو مانعاً للزكاة فأداها وتاب الى الله
تعالى قد حصل منه الاصلاح وعلم نزوعه عن معصيته بأداء ما عليه ؛ ولو لم يرد
التوبة ما أدى ما في يديه ، ولأن تقييده بالسنة تحكم لم يرد الشرع به ، والتقدير انما

ثبت بالتوقيف ، وما ورد عن عمر في حق صبيغ إنما كان لأنه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران ، فيحتمل أنه أظهر التوبة تستراً بخلاف مسألتنا .

وقد ذكر القاضي أن التائب من البدعة يعتبر له مضي سنة لحديث صبيغ رواه أحمد في الورع قال : ومن علامة توبته أن يحتنب من كان يواليه من أهل البدع ويوالي من كان يعاديه من أهل السنة ، والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها إلا أن تكون التوبة بفعل يشبه الإكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة تظهر أن توبته على إخلاص لا عن إكراه ، وللحاكم أن يقول للتظاهر بالمعصية تب أقبل شهادتك . قال مالك : لا أعرف هذا . قال الشافعي : وكيف لا يعرفه وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتوبة وقاله عمر لأبي بكر ؟

« مسألة ، قال (ومن شهد بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل وردت عليه لم تقبل منه في حال عدالته) »

وجملته أن الحاكم إذا شهد عنده فاسق فرد شهادته افسقه ثم تاب وأصلح وأعاد تلك الشهادة لم يكن له أن يقبلها ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ؛ وقال أبو ثور والمزني وداود : تقبل . قال ابن المنذر : والنظر يدل على هذا لأنها شهادة عدل فتقبل كما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد إسلامه . ولنا أنه متهم في أدائها لأنه يعير بردها ولحقته غضاظة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به وصلاحي حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار فتلحقه التهمة في أنه قصد إظهار العدالة وإعادة الشهادة لتقبل فيزول ما حصل بردها ، ولأن الفسق يخفى فيحتاج في معرفته إلى بحث واجتهاد فعند ذلك نقول شهادة مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد لأن ذلك يؤدي إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، وفارق ما إذا ردت شهادة كافر لكفره أو صبي لصغره أو عبد لرقه ، ثم أسلم للكافر وبلغ الصبي وعق العبد وأعادوا تلك الشهادة فإنها لا ترد لأنهم لم تردوا بالاجتهاد وإنما ردت باليقين ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم في أنه فعلهما لتقبل شهادته ، والكافر لا يرى كفره عازاً ولا يترك دينه من أجل شهادة ودت عليه .

وقد روى عن النخعي والزهرى وقتادة وأبي الزناد ومالك أنها ترد أيضا في حق من أسلم وبلغ . وعن أحمد رواية أخرى كذلك لأنها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقا ، وقد ذكرنا ما يقتضى فرقا بينهما فيفرقان .

وروى عن أحمد في العبد إذا ردت شهادته لرقه ثم عتق وادعى تلك الشهادة روايتان . وقد ذكرنا أن الأولى أن شهادته تقبل ، لأن العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق

(فصل) وإن شهد السيد لمكاتبه فردت شهادته ، أو شهد وارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال فردت شهادته ، ثم عتق المكاتب وبرأ الجرح وأعادوا تلك الشهادة فني قبولها وجهان .

أحدهما : تقبل لأن زوال المانع ليس من فعلهم فأشبهه زوال الصبي بالبلوغ ولأن ردها بسبب لا عار فيه فلا يتهم في قصد نفي العار بإعادتها بخلاف الفسق .
والثاني : لا تقبل لأنه ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده ، والاول أشبه بالصحة فإن الأصل قبول شهادة العدل ما لم يمنع منه مانع ، ولا يصح القياس على الشهادة المردودة للفسق لما ذكرنا بينهما من الفرق ، ويخرج على هذا كل شهادة مردودة إما للثمة أو لعدم الاهلية إذا أعادها بعد زوال التهمة ووجود الاهلية فهل تقبل ؟ على وجهين

« مسأله ، قال (وإن كان لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلا قبلت منه)

وذلك لأن التحمل لا تعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الاسلام لأنه لا تهمة في ذلك ، وإنما يعتبر ذلك في الاداء فإذا رأى الفاسق شيئا أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعليه وهكذا الصبي والكافر إذا شهد بعد الاسلام والبلوغ قبلت . وكذلك الرواية ، ولذلك كان الصبيان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم يروون عنه بعد أن كبروا : كالحسن والحسين وابن عباس والنعمان بن بشير وابن الزبير وابن جعفر ، والشهادة في معنى الرواية ، ولذلك اعتبرت لها العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة .

« مسألة ، قال (ولو شهد وهو عدل فلم يحكم بشهادته حتى حدث منه مالا
تجاوز شهادته معه لم يحكم بها)

وجملة ذلك أن الشاهدين اذا شهدا عند الحاكم وهما ممن تقبل شهادته ولم
يحكم بها حتى فسقا او كفرا لم يحكم بشهادتهما ، وبهذا قال أبو يوسف والشافعي ،
وقال أبو ثور والمزني : يحكم بها لأن بقاء أهلية الشهادة ليس شرطاً في الحكم بدليل
ما لو ماتا ، ولأن فسقهما تجدد بعد أداء الشهادة فأشبه ما لو تجدد بعد الحكم بها
ووجه ذلك من طريقين .

أحدهما : أن عدالة الشاهد شرط للحكم فيعتبر دوامها الى حين الحكم لأن
الشروط لا بد من وجودها في المشروط واذا فسق انتفى الشرط فلم يجز الحكم
والثاني : ان ظهور فسقه وكفره يدل على تقدمه لأن العادة ان الإنسان
يسر الفسق ويظهر العدالة ، والزندق يسر كفره ويظهر اسلامه فلا نأمن كونه
كافراً او فاسقاً حين أداء الشهادة فلم يجز الحكم بها مع الشك فيها .

فأما ان حدث هذا منه بعد الحكم بشهادته لم ينقض ، لأن الحكم وقع صحيحاً
لا استمرار شرطه الى انتهائه ، ولأنه قد وجد مقروناً بشرطه ظاهراً فلا ينقض
بالشك كما لو رجع عن الشهادة وكما لو صلى بالتيمة ثم وجد الماء ، لكن ان كان
ذلك قبل الاستيفاء وكان حذاً لله تعالى لم يجز استيفاءه بالشبهات لأنه يدرأ وهذا
شبهة فيه فأشبه ما لو رجع عن الاقرار به قبل استيفائه ، وان كان مالا استوفى ،
لأن الحكم قد تم وثبت الاستحقاق بأمر ظاهر الصحة فلا يبطل بأمر محتمل ،
ولذلك لم يبطل رجوعه عن اقراره وان كان حد قذف او قصاصاً احتمل وجهين

أحدهما : يستوفى وهذا قول أبي حنيفة لأنه حق آدمي مطالب به أشبه المال
والثاني : لا يستوفى وهو قول محمد لأنه عقوبة على البدن تدرأ بالشبهات
أشبه الحد ، وللشافعي وجهان كهذين

وأما ما حدث بعد الاستيفاء فلا يؤثر في حد ولا حق لأن الحق استوفى بما
ظاهره الصحة وسوع الشرع استيفاءه فلم يؤثر فيه ما طرأ بعده كالم لم يظهر شيء .

(فصل) فأما ان أدبا الشهادة وهما من أهلها ثم ماتا قبل الحكم بها حكم

الحاكم بشادتهما، سواء ثبتت عدالتهما في حياتهما أو بعد موتهما وسواء كان المشهود به حداً أو غيره، وكذلك ان جنوا أو أغمى عليهم، وبهذا قال الشافعي لأن الموت لا يؤثر في شهادته ولا يدل على الكذب فيها ولا يحتمل ان يكون موجوداً حال أداء الشهادة، والجنون والاعماء في معناه بخلاف الفسق والكفر .

«مسألة، قال (وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة في كل شيء الا في الحدود إذا كان الشاهد الاول ميتاً او غائباً)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثه ، أحدها : في جوازها . والثاني : في موضعها : والثالث : في شرطها .

أما الاول فإن الشهادة على الشهادة جائزة بإجماع العلماء وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، قال أبو عبيد : أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إمضاء الشهادة على الشهادة في الأموال ، ولأن الحاجة داعية إليها فإنها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وما يتأخر اثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده . وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب ان تقبل كشهادة الأصل

الفصل الثاني : انها تقبل في الأموال وما يقصد به المال بإجماع كما ذكر أبو عبيد ولا تقبل في حد ، وهذا قول النخعي والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه ، وقال مالك والشافعي في قول وأبو ثور ، تقبل في الحدود وكل حق لأن ذلك يثبت بشهادة الأصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال :

ولنا أن الحدود مبنية على السر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار، والشهادة على الشهادة فيها شبهة فانها يتطرق اليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الأصل ، وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهادة الأصل ، وهو معتبر بدليل انها لا تقبل مع القدرة على شهود الأصل فوجب ان لا تقبل فيها يندرى بالشبهات ولازها إنما تقبل للحاجة ولا حاجة اليها في الحد لأن ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ، ولأنه لا نص فيها ولا يصح قياسها على الأموال لما بينهما من الفرق في الحاجة والتساؤل فيها ولا يصح قياسها على شهادة الأصل لما بينهما من الفرق فبطلان إثباتها وظاهر كلام

أحمد أنها لا تقبل في القصاص أيضا ولا حسد القذف ، لأنه قال إنما تجوز في الحقوق ؛ أما الدماء والحد فلا ، وهذا قول أبي حنيفة

وقال مالك والشافعي وأبو ثور تقبل وهو ظاهر كلام الحرق لقوله : في كل شيء إلا في الحدود لأنه حق آدمي لا يسقط بالرجوع عن الإقرار به ولا يستحب ستره فأشبهه الأموال .

وذكر أصحابنا هذا رواية عن أحمد لأن ابن منصور نقل أن سفيان قال : شهادة رجل مكان رجل في الطلاق جائزة . قال أحمد : ما أحسن ما قال ؟ لجعله أصحابنا رواية في القصاص ، وليس هذا برواية فإن الطلاق لا يشبه القصاص ، والمذهب أنها لا تقبل فيه لأنه عقوبة بدنية تدرك بالشبهات وتبنى على الإسقاط ، فأشبهت الحدود .

فأما ما عدا الحدود والقصاص والأموال ، كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت إلا بشاهدين فنص أحمد على قبولها في الطلاق والحقوق فيدل على قبولها في جميع هذه الحقوق ، وهو قول الحرق

وقال ابن حامد . لا تقبل في النكاح ، ونحوه قول أبي بكر ، فعلى قولها لا تقبل إلا في المال وما يقصد به المال ، وهو قول أبي عبيد لأنه حق لا يثبت إلا بشاهدين فأشبه حد القذف . ووجه الأول أنه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال وبهذا فارق الحدود

الفصل الثالث في شروطها : ولها ثلاثة شروط . أحدها أن تتعذر شهادة الأصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي

وحكى عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الأصل قياسا على الروايات وأخبار الديانات . وروى عن الشعبي أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الأصل لأنهما إذا كانا حين رجى حضورهما فكانا كالحاضرين . وعن أحمد يمثل هذا إلا أن القاضي تأوله على الموت وما في معناه من الغيبة البعيدة ونحوها ويمكن تأويل الشعبي على هذا فيقول هذا الخلاف

ولنا على اشتراط تعذر شهادة شاهد الاصل انه اذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الاصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع وكان أحوط للشهادة فإن سماعه منهما معلوم وصدق شاهدي الفرع مطلق والعمل باليقين مع امكانه أولى من اتباع الظن ، ولان شهادة الاصل تثبت نفس الحق وهذه انما تثبت الشهادة عليه ، ولان في شهادة الفرع ضعفا لانه يتطرق اليها احتمالان : احتمال غلط شاهدي الاصل ، واحتمال غلط شاهدي الفرع ، فيكون ذلك وهماً فيها ، ولذلك لم تنهض لإثبات الحدود والقصاص ، فينبغي أن لا تثبت الا عند عدم شاهدي الاصل كسائر الابدال ، ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لانه خفف فيها ، ولهذا لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ والحاجة داعية اليها في حق عموم الناس بخلاف مسألتنا

ولنا على قبولها عند تعذرهما بغير الموت أنه تعذرت شهادة الاصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهدي الاصل ويخالف الحاضرين فإن سماع شهادتهما ممكن فلم يجز غير ذلك

اذا ثبت هذا فذكر القاضي أن الغيبة المشترطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الاصل بموضع لا يمكنه أن يشهد ثم يرجع من يومه . وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعي لان الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر ، وقد قال الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) واذا لم يكف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتجج الى سماع شهادة الفرع

وقال أبو الخطاب : تعتبر مسافة القصر ، وهو قول أبي حنيفة وأبي الطيب الطبري مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله ، لان ما دون ذلك في حكم الحاضر في الترخيص وغيره بخلاف مسافة القصر ، ويعتبر دوام هذا الشرط الى الحكم ، فلو شهد شاهدا الفرع فلم يحكم بشهادتهما حتى حضر شاهدا الاصل وقف الحكم على سماع شهادتهما لانه قدر على الاصل قبل العمل بالبدل فلم يجز العمل به كالتيمم يقدر على الماء قبل الصلاة ولان حضورهما لو وجد قبل أداء شهادة الفرع منع ، فإذا طرأ قبل الحكم منع منه كالفسق .

الشرط الثاني : ان يتحقق شروط الشهادة من العدالة وغيرها في كل واحد من شهود الاصل والفرع على الوجه الذي ذكرناه، لان الحكم ينبنى على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما . ولا خلاف في هذا نعلمه . فان عدل شهود الفرع شهود الاصل فشهدا بعدالتهما وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف نعلمه ، وإن لم يشهدا بعدالتهما جاز ويتولى الحاكم ذلك ، فان علم عدالتهما حكم وان لم يعرفهما بحث عنهما، وبهذا قال الشافعى .

وقال الثورى وأبو يوسف : ان لم يعدل شاهدا الفرع شاهدى الاصل لم يسمع الحاكم شهادتهما ، لان ترك تعديله يرتاب به الحاكم ، وليس بصحيح لانه يجوز ان لا يعرفا ذلك فيرجع فيه الى بحث الحاكم ، ويجوز ان يعرفا عدالتهما ويتركاها اكتفاء بما ثبتت عند الحاكم من عدالتهما، ولا بد من استمرار هذا الشرط ووجود العدالة في الجميع الى انقضاء الحكم لما ذكرنا في شاهد الاصل قبل هذا ، وإن مات شهود الاصل والفرع لم يمنع الحكم ، وكذلك لو مات شهود الاصل قبل أداء الفروع شهادتهم لم يمنع من ادائها والحكم بها ، لان موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعاً ، وكذلك ان جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم .

الشرط الثالث : ان يعينا شاهدى الاصل ويسميأهما ، وقال ابن جرير اذا قالا ذكرين حرين عدلين جاز ، وان لم يسميا لان الغرض معرفة الصفات دون العين، وليس بصحيح لجواز ان يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيرهما ولان المشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود فاذا لم يعرف أعيانهما تعذر عليه ذلك .

الشرط الرابع : ان يسترعيه شاهد الاصل الشهادة فيقول اشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلان على فلان كذا أو أقر عندى بكذا ، أو سمع شاهداً يسترعى آخر شهادة يشهده عليها فيجوز لهذا السامع ان يشهد بها للحصول الاسترعاء، ويحتمل ان لا يجوز له ان يشهد الا أن يسترعيه بعينه وهو قول أبى حنيفة .

قال أحمد لا تكون شهادة إلا أن يشهدك فأما اذا سمعته يتحدث فإنما ذلك حديث وبما ذكرنا قال الشافعى وأصحاب الراى وأبو عبيد .

فأما ان سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يعزى الى سبب

نحو أن يقول أشهد أن لفلان علي فلان ألفا من ثمن مبيع ، فهل يشهد به ؟ قال أبو الخطاب فيه روايتان

وذكر القاضي أن له الشهادة به وهو مذهب الشافعي ، لأنه بالشهادة عند الحاكم ونسبته للحق إلى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الاشكال فتجوز له الشهادة على شهادته كما لو استرعاه .

والرواية الأخرى : لا يجوز أن يشهد على شهادته ، وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد لأن الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه إلا بأذنه ، ومن نصر الأول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه لأنه لا يشهد مثل شهادته وإنما يشهد على شهادته .

فأما أن قال أشهد أني أشهد على فلان بكذا فالأشبه أن يجوز أن يشهد على شهادته وهذا قول أبي يوسف لأن معنى ذلك أشهد على شهادتي .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز إلا أن يقول أشهد على شهادتي أني أشهد لأنه إذا قال أشهد فقد أمره بالشهادة ولم يسترعه ، وما عدا هذه المواضع لا يجوز أن يشهد فيها على الشهادة ، فإذا سمعه يقول أشهد أن لفلان علي فلان ألف درهم لم يجز أن يشهد على شهادته لأنه لم يسترعه الشهادة فيحتمل أن يكون وعده بها ، وقد يوصف الوعد بالوجوب مجازا فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال والعدة دين ، ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز لسمعه الشهادة به .

فإن قيل فلو سمع رجلا يقول لفلان علي ألف درهم جاز أن يشهد بذلك فكذا هذا . قلنا الفرق بينهما من وجهين

أحدهما : أن الشهادة تحتمل العلم ولا تحتمل الاقرار .

الثاني ، أن الاقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول ، وأنه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ، ولأن الاقرار يقول الإنسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها . ولهذا لا تسمع الشهادة في حق المقر ولا يحكم بها . ولو قال شاهد الأصل أنا أشهد أن لفلان علي فلان ألفا فاشهد به أنفت عليه لم يجز أن يشهد على شهادته ، لأنه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ، وثلا هو شاهد بالحق ، لأنه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد سببه .

(فصل)

فأما كيفية الأداء إذا كان قد استرعاها الشهادة فإنه يقول : أشهد أن فلان ابن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته ، أشهدني أنه يشهد أن لفلان بن فلان علي فلان بن فلان كذا وكذا : أو أن فلانا أقر عندى بكذا ، وإن لم يعرف عدالته لم يذكرها .

وإن سمعه يشهد غيره قال : أشهد أن فلان بن فلان يشهد علي شهادته أن لفلان بن فلان علي فلان بن فلان كذا وكذا ، وإن كان سمعه يشهد عند الحاكم قال : أشهد أن فلان بن فلان شهد علي فلان بن فلان عند الحاكم بكذا ، وإن كان نسب الحق الى سببه قال : أشهد أن فلان بن فلان قال أشهد أن لفلان بن فلان علي فلان بن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا ، وإذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه علي ما ذكرنا في الأداء .

(فصل) واختلفت الرواية في شرط خامس وهو الذكورية في شهود الفرع فمن أحمدها شرط ، فلا يقبل في شهود الفرع نساء بحال ، سواء كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء أو لا . وهذا قول مالك والثوري والشافعي ، لأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة شهود الاصل دون الحق ، وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فأشبهه القصاص والحد .

والثانية : للنساء مدخل فيما لو كان المشهود به يثبت بشهادتهن في الاصل . قال حرب : قيل لأحمد فشهادة امرأتين علي شهادة امرأتين تجوز ؟ قال نعم . يعني إذا كان معهما رجل .

وذكر الاوزاعي قال سمعت نعيم بن أوس يجيز شهادة المرأة علي شهادة المرأة . ووجهه أن المقصود بشهادة الفروع اثبات الحق الذي يشهد به شهود الاصل فقبلت فيه شهادتهن كالبيع ، ويفارق الحد والقصاص ، فإنه ليس المقصد من الشهادة به اثبات مال بحال . فأما شهود الاصل فيدخل النساء فيه ، فيجوز أن يشهد رجلان علي شهادة رجل وامرأتين في كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجال في قول أكثر أهل العلم .

وذكر أبو الخطاب في المنع منه رواية أخرى ، لأن في الشهادة علي الشهادة

ضعفا لما ذكرنا من قبل فلا مدخل للنساء فيها لأنها تزاد بشهادتهن ضعفا .
ولنا أن شهود الفرع إن كانوا يثبتون شهادة الأصل فهي تثبت بشهادتهم ،
وإن كانوا يثبتون نفس الحق فهي تثبت بشهادتهم ، ولأن النساء شهدن بالمال
أو ما يقصد به المال فيثبت بشهادتهن ، كما لو أدينها عند الحاكم . وما ذكر للرواية
الأخرى لا أصل له .

(فصل) ويجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع .
فيشهد شاهدا فرع على شاهدي أصل . قال القاضي : لا يختلف كلام أحمد في هذا
وهو قول شريح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وإسحاق
والبتي والعنبري ونمير بن أوس . وقال إسحاق : لم يزل أهل العلم على هذا حتى
جاء هؤلاء . وقال أحمد : وشاهد على شاهد يجوز ، لم يزل الناس على ذا : شريح
فمن دونه إلا أن أبا حنيفة أنكره . وذهب أبو عبد الله بن بطة إلى أنه لا يقبل على
كل شاهد أصل إلا شاهدا فرع . وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ، لأن
شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الأصل ، فلا تثبت شهادة كل واحد منهما
بأقل من شاهدين ، كما لا يثبت اقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد
منهما واحد .

ولنا أن هذا يثبت بشاهدين ، وقد شهد اثنان بما يثبت به فيثبت ، كما لو شهدا
بنفس الحق ، ولأن شاهدي الفرع بدل من شهود الأصل ، فيكفي في عددهما
ما يكفي في شهادة الأصل ، ولأن هذا إجماع على ما ذكره أحمد وإسحاق ، ولأن
شاهدي الفرع لا ينقلان عن شاهدي الأصل حقا عليهما ، فوجب أن يقبل فيه
قول واحد ، كأخبار الديانات ، فانهم إنما ينقلون الشهادة وليست حقا عليهم .
ولهذا لو أنكرهما لم يعد الحاكم عليهما ولم يطلبهما منهما . وهذا الجواب عما ذكره
فاذا ثبت هذا فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع أجاز أن يشهد
شاهدان على كل واحد من شاهدي الأصل ، وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي .
قال الشافعي : ورأيت كثيراً من الحكماء والمفتين يجيزه ، وخرجه على قولين :
أحدهما جوازه ، والآخر لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد
أصل شاهدا فرع . واختاره المزني ، لأن من يثبت به أحد طرفي الشهادة لا يثبت

به الطرف الآخر ، كما لو شهد أصل مع شاهد ثم شهد مع آخر على شهادة شاهد
الأصل الآخر .

ولنا أنهما شهدا على قولين فوجب أن يقبل ، كما لو شهدا باقرارين بحقين
أو باقرار اثنين ، وإنما لم يجز أن يشهد شاهد الأصل فرعا ، لأنه يؤدي الى أن
يكون بدل أصلا في شهادة بحق ، وذلك لا يجوز ، ولأنهم يشتون بشهادتهم
شهادة الأصل وليست شهادة أحدهم ظرفا لشهادة الآخر ، فعلى قول الشافعي أن
يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين وجب أن يكون شهود الفرع ستة ، وإن كان
حق يثبت بأربع نسوة فوجب أن يكون شهود الفرع ثمانية ، وإن كان المشهود به
زنا خرج فيه خمسة أقوال .

أحدها : لا مدخل لشهادة الفرع في اثباته . والثاني يجوز ويجب أن يكون
شهود الفرع ستة عشر ، فيشهد على شهادة كل واحد من شهود الأصل أربعة .
الثالث يكفي ثمانية . والرابع يكونون أربعة يشهدون على كل واحد
والخامس يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الأصل ، وهذا
اثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد

(فصل) وإن شهد بالحق شاهدا أصل وشاهدا فرع يشهدان على شهادة
أصل آخر جاز ، وإن شهد شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه من الخلاف
ما ذكرنا من قبل ، وإن شهد شاهد أصل ثم شهد هو وآخر فرعا على شاهد أصل
آخر لم تفد شهادته الفرعية شيئا ، وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته
شاهد واحد .

مسألة ، قال (ويشهد على من سمعه يقر بحق ، وإن لم يقل للشاهد أشهد على)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة ، فالذهب ما ذكره الحرق ، وبه
قال الشعبي والشافعي . وعن أحمد رواية ثانية : لا يشهد حتى يقول له المقر أشهد
على ، كما أنه لا يجوز أن يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه إياها ويقول له
أشهد على شهادتي .

وعنه رواية ثالثة : إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد ، وإذا سمعه يقر بدين يشهد لأن المقر بالدين معترف أنه عليه ، والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجسوا أن يكون اقترض منه ثم وفاه .

وعنه رواية رابعة : إذا سمع شيئا فدعى إلى الشهادة فهو بالخيار أن شاء شهد وإن شاء لم يشهد . قال ولكن يجب عليه إذا أشهد أن يشهد إذا دعى (ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا) قال إذا أشهدوا . وقال ابن أبي موسى : إذا سمع رجلا يقر لرجل بحق ولم يقل أشهد على بذلك وسمع الشاهد ، فله أن يشهد عليه فيقول : أشهد أنى حضرت إقرار فلان بكذا ، ولا يقول أشهد على إقراره ، وإن سمعه يقول : اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجوز أن يشهد به

والصحيح الأول لأن الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز أن يشهد به كما يجوز أن يشهد بما رآه من الأفعال . وذكر القاضى أن فى الأفعال روايتين . إحداهما : لا يشهد به حتى يقول المشهود عليه أشهد . وهذا إن أراد به العموم فى جميع الأفعال فلا يصح ، لأن ذلك يودى إلى منع الشهادة عليها بالكتابة فإن الغاصب لا يقول لأحد أشهد على أنى أغصب ، ولا السارق ولا الزانى ولا القاتل وأشباه هؤلاء . وقد شهد أبو بكر وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عمر هل أشهدكم أو لا ؟ ولم يقل هذا أحد من الصحابة ولا من غيرهم ، ولا قاله الذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ، ولا قاله عمر للذين شهدوا على الوليد بن عقبة . وإن أراد به الأفعال التى تكون بالتراضى ، كالقرض والقبض فيه وفى الرهن والبيع والافتراق ونحو ذلك جاز

فصل

ولو حضر شاهدان حسابا بين اثنين شرطا عليها أن لا يحفظا عليها شيئا ، كان للشاهدين أن يشهدا بما سمعاه منهما ولم يسقط ذلك شرطهما ، لأن للشاهد أن يشهد بما سمعه أو علمه ، وذلك قد حصل له سواء أشهده أو سمعه ، وكذلك يشهدان على العقود بحضورها وعلى الجنايات بمشاهدتها ولا يحتاجان إلى اشهاد . وبهذا قال ابن سيرين ومالك والثورى والشافعى

(فصل) والحقوق على ضربين :

أحدهما : حق لأدمى معين ، كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود والمقربات كالقصاص وحد القذف والوقف على آدمى معين فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى لأن الشهادة فيه حق لأدمى فلا تستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقديمها عليها

الضرب الثاني : ما كان حقاً لأدمى غير معين كالوقف على الفقراء والمساكين أو جميع المسلمين أو على مسجد أو سقاية أو مقبرة مسجلة أو الوصية لشيء من ذلك ونحو هذا ، أو ما كان حقاً لله تعالى كالحقوق الخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تفتقر الشهادة به إلى تقديم الدعوى ، لأن ذلك ليس له مستحق معين من الأدميين يدعيه ويطالب به ، ولذلك شهد أبو بكر وأصحابه على المغيرة ، وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ، وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر أيضاً من غير تقديم دعوى فأجيزت شهادتهم ، ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه ، وكذلك ما لا يتعلق به حق أحد الغريمين كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار أو إعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه دعوى .

ولو شهد شاهدان بعق عبد أو أمة ابتداء ثبت ذلك ، سواء صدقهما المشهود بعققه أو لم يصدقهما ، وبهذا قال الشافعى ، وبه قال أبو حنيفة في الأمة ، وقال في العبد لا يثبت ما لم يصدق العبد به ويدعيه ، لأن العتق حقه فأشبهه سائر حقوقه ولنا أنها شهادة بعق فلا تفتقر إلى تقديم الدعوى كعتق الأمة ، ويخالف سائر الحقوق لأنه حق لله تعالى ، ولهذا لا يفتقر إلى قبول المعتق ، ودليل ذلك الأمة . وما ذكره يطل بعق الأمة ، فإن قيل الأمة يتعلق بإعتاقها تحريم الوطء قلنا هذا لا أثر له فإن المنع يوجب تحريمها عليه ولا تسمع الشهادة به إلا بعد الدعوى (فصل) ومن كانت عنده شهادة لأدمى لم يخل إما أن يكون عالماً بها أو غير عالم ، فإن كان عالماً بها لم يجوز للشاهد أدائها حتى يسأله ذلك ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ، ثم يأتي قوم يندرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون ، ويخونون ولا يؤمنون ، رواه البخارى ولأن أدائها حق للشهود له فلا يستوفى إلا برضاه كسائر حقوقه ؛ وإن كان

المشهد له غير عالم بها جاز للشاهد أدائها قبل طلبها لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ألا أنبئكم بخير الشهداء ؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها » ، رواه مسلم وأبو داود ومالك . وقال مالك : هو الذي يأتي بشهادته ولا يعلم بها الذي هي له وهذا الحديث وإن كان مطلقاً فإنه يتعين حمله على هذه الصور جمعاً بين الحديثين ، ولأنه إذا لم يكن عالماً بها فتركه طلبها لا يدل على أنه لا يريد إقامتها بخلاف العالم بها ، وهذا مذهب الشافعي .

(فصل) ويعتبر لفظ الشهادة في أدائها ، فيقول أشهد أنه أقر بكذا ونحوه ، ولو قال أعلم أو أحقق وأتيقن أو أعرف لم يعتد به لأن الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الإتيان بفعلها المشتق منها ؛ ولأن فيها معنى لا يحصل في غيرها من اللفظات بدليل أنها تستعمل في اليمين ، فيقال أشهد بالله ؛ ولهذا تستعمل في اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها ، وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً

« مسألة » قال (وتجاوز شهادة المستخفي إذا كان عدلاً)

المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه ليسمع إقراره ولا يعلم به مثل من يجحد الحق علانية ويقر به سراً فيختبئ شاهداً في موضع لا يعلم بهما ليسمعا إقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة ، وبهذا قال عمرو ابن حريث وقال كذلك يفعل بالحائث والفاجر

وروى مثل ذلك عن شريح وهو قول الشافعي . وروى عن أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته ، وهو اختيار أبي بكر وابن أبي موسى ، وروى ذلك عن شريح والشعبي لأن الله تعالى قال (ولا تجسسوا) وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حدث بحديث ثم التفت فهي أمانة » ، يعني أنه لا يجوز إسماعه ذكره عنه لالتفاته وحذره

وقال مالك : إن كان المشهود عليه ضعيفاً يتخذه لم يقبل عليه ، وإن لم يكن كذلك قبلت

ولنا أنهما شهدا بما سمعاه يقينا فقبلت شهادتهما كما لو علم بها

كتاب الاقضية

« مسأله ، قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا هلك رجل وخلف ولدين ومائتي درهم فأقر أحدهما بمائة درهم ديناً على أبيه لأجنبي دفع إلى المقر له نصف ما في يده من إرثه عن أبيه إلا أن يكون المقر عدلاً فيشأ الغريم أن يحلف مع شهادة الابن وبأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين)

هذه المسأله في الاقرار من بعض الورثة وقد ذكرناها في باب الاقرار وأنه إنما يلزم المقر من الدين بقدر ميراثه منه وميراثه ههنا النصف فيكون عليه نصف الدين وهو نصف المائة ونصفها الباقي يشهد به على أخيه فإن كان عدلاً فشأ الغريم يحلف مع شهادته واستحق الباقي لأنه لا تهمة في حق الابن المقر فإنه لا يجر إلى نفسه بهذه الشهادة نفعا ولا يدفع بها ضرراً .

وإن شهد أجنبي مع الوارث المقر كملت الشهادة وحكم للمدعى بما شهدا به له إذا كانا عدلين وأديا الشهادة بلفظ الشهادة ولا يكتفى بلفظ الاقرار في الشهادة لما ذكرنا من قبل وإن كان الاقرار من اثنين من الورثة عدلين مثل أن يخلف ثلاثة بنين فيقر اثنان منهم بالدين ويشهدان به فإن شهادتهما تقبل ويثبت باقي الدين في حق المنكر . وبهذا كله قال الحسن والشعبي والشافعي وابن المنذر وقال حماد وأصحاب الرأي المقر به كله في نصيب المقر وهو قول الشعبي وعلى هذا ينبغي أن لا تقبل شهادة المقر بالدين لأنه يجر بشهادته نفعا إلى نفسه وهو إسقاط بعض ما أقر به عن نفسه والاقرار بوصية تخرج من الثلث كالاقرار بالدين فيما ذكرناه .

(فصل) ولو ثبت لرجل على رجل دين بيينة لم يمنع ذلك قبول شهادته عليه بدين أو وصية في قول عامة أهل العلم إلا ابن أبي ليلى قال : لا تقبل شهادته على غريمه الميت بذلك فيحتمل أنه منع من ذلك لئلا يواطىء من يشهد له بدين فيحاص الغرماء بما شهد له به ثم يقاسمه .

ولنا : أنه عدل غير منهم فتقبل شهادته له كغيره وذلك لأنه لا يجر بشهادته إلى نفسه نفعا ولا يدفع بها ضرراً بل يضر نفسه بها لكون المشهود له يزاحمه في الاستيفاء وينقص ما يأخذه فهو أقرب إلى الصدق وأحرى أن تقبل شهادته

وما ذكرناه له من الاحتمال يوجد في الاجنبي فلم يمنع قبول شهادته .

« مسأله ، قال (ولو هلك رجل عن ابنين وله حق بشاهد وعليه من الدين ما يستغرق ميراثه فأبى الوارثان ان يحلفا مع الشاهد لم يكن للغريم ان يحلف مع شاهد الميت ويستحق فإن حلف الوارثان مع الشاهد حكم بالدين فدفع الى الغريم)

وجملته أن الرجل اذا مات مفلسا وادعى ورثته ديناً له على رجل فأنكر فأقاموا شاهدا عدلاً وحلفوا معه حكم بالدين للميت ثم تقضى منه ديونه ثم تنفذ وصاياه من الثلث إلا أن يجوز الورثة فإن أبى الورثة ان يحلفوا لم يكن للغريم ان يحلف مع شاهد الميت وبهذا قال اسحاق وأبو ثور والشافعي في الجديد وقال في القديم للغريم ان يحلف ويستحق وهذا قول مالك لأن حقه متعلق به بدليل أنه لو ثبت المال قدم حقه على الورثة وكانت له اليدين كالوارث .

ولنا أن الدين للورثة دون الغريم فلم يكن له ان يحلف عليه كما لو لم يستغرق الدين ميراثه والدليل على أنه للوارث أنه يكتفى بيمينه ولو كان غيره لما اكتفى بها ولأن حق الغريم في ذمة الميت والدين للميت ولهذا يشهد الشاهد بأن الدين للميت والذي يحلف معه إذا يحلف على هذا ولا يجوز للغريم ان يحلف لي في ذمة المدعى عليه ديناً بالاتفاق فلم يجوز ان يحلف على دين غيره الذي لا فعل له فيه لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما جعل اليمين للمالك ولا يلزم على هذا الوكيل لأنه يحلف على فعل نفسه ، ولأن الغريم لو حلف مع الشاهد ثم أبرأ الميت من الدين لوجع الدين الى الورثة ولو كان قد ثبت له بيمينه لم يرجع إليهم وهكذا لو وصى الميت لانسان ثم لم يحلف الورثة لم يكن للموصى له ان يحلف لما ذكرناه .

(فصل) فإن حلف أحد الابنين مع الشاهد لم يثبت من الدين إلا قدر حصته وهكذا إذا ادعى الورثة وصية لايهم أو ديناً وأقاموا شاهداً لم يثبت جميعه إلا بإيمان جميعهم ، وإن حلف بعضهم ثبت من الدين والوصية بقدر حقه ولا يشاركة فيه باقي الورثة لأنه لا يثبت لهم حق بدون إيمانهم ولا يجوز أن يستحقوا بيمين غيرهم ويقضى من دين أيه بقدر ما ثبت له فإن كان في الورثة صغير أو معتوه وقف حقه حتى يبلغ الصغير ويعقل المعتوه لأنه لا يمكن ان يحلف

على خاله ولا يحلف وليه لكون اليمين لا تدخلها النيابة ، وإن كان فيهم أخرس مفهوم الإشارة حلف وأعطى حصته ، وإن لم تفهم إشارته وقف حقه أيضا ، فإن مات أو مات الصبي والمعتوه قام ورثتهم مقامهم في اليمين والاستحقاق ، فإن طالب أولياؤهما في حياتهما بحبس المدعى عليه حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ويعقل الأخرس الإشارة أو إقامة كفيل لم يجابوا إلى ذلك لأن الحبس عذاب لا يستحق على من لم يثبت عليه حق .

(فصل) وتركه الميت يثبت الملك فيها لورثته وسواء كان عليه دين أو لم يكن ، نص عليه أحمد فيمن أفلس ثم مات قال قد انتقل المبيع إلى الورثة وحصل ملكه لهم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان الدين يستغرق التركة منع نقلها إلى الورثة ، فإن كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شيء منها .

وقال أبو سعيد الاصطخري : يمنع بقدره ، وقد أوما أحد إلى مثل هذا ، فإنه قال في أربعة بنين ترك أبوهم داراً وعليه دين ، فقال أحد البنين : أنا أعطى ودعوا إلى الربع ، فقال أحد هذه الدار للغرماء لا يرثون شيئا حتى يؤدوا الدين ، وهذا يدل على أنها لم تنتقل إليهم عنده ، لأنه يمنع الوارث من إمساك الربع بدفع قيمته لأن الدين لم يثبت في ذمم الورثة فيجب أن يتعلق بالتركة والمذهب الأول ، ولهذا قلنا : إن الغريم لا يحلف — على دين الميت ، وذلك لأن الدين محله الذمة وإنما يتعلق بالتركة فيتخير الورثة بين قضاء الدين منها أو من غيرها كالرهن والجاني ولهذا لا يلزم للغرماء نفقة العبيد ولا يكون نماء التركة لهم ، ولأنه لا يخلو من أن تنتقل إلى الورثة أو إلى الغرماء أو تبقى للميت أو لا تكون لأحد . لا يجوز أن تنتقل إلى الغرماء لأنها لو انتقلت إليهم لزمهم نفقة الحيوان وكان نماؤها لهم غير بحسب من دينهم ولا يجوز أن تبقى للميت لأنه لم يبق أهلا للملك ، ولا يجوز أن لا تكون لأحد لأنها مال مملوك فلا بد من مالك ، ولأنها لو بقيت بغير مالك لا يباح لمن يملكها كسائر المباحات فثبت أنها انتقلت إلى الورثة

فعلى هذا إذا نمت التركة ، مثل أن غلت الدار وأثمرت النخيل وتجت الماشية فهو للوارث ينفرد به لا يتعلق به حق للغرماء لأنه نماء ملكه فأشبهه كسب الجاني ، ويحتمل أن يتعلق به حق للغرماء كنماء الرهن .

ومن اختار الأول قال تعلق الحق بالرهن أكد لانه ثبت باختبار المالك ورضاه ولهذا منع التصرف فيه ، وهذا يثبت بغير رضى المالك ولم يمنع التصرف فكان أشبه بالجاني .

وعلى الرواية الاخرى يكون نساء التركة حكمه حكم التركة وما يحتاج اليه من المؤنة منها ، وإن تصرف الورثة فى التركة ببيع أو هبة أو قسمة فعلى الرواية الاولى تصرفهم صحيح ، فإن قضا الدين والا نقضت تصرفاتهم كما لو تصرف السيد فى العبد الجاني ولم يقض دين الجنابة ، وعلى الرواية الاخرى تصرفاتهم فاسدة لانهم تصرفوا فيما لم يملكوه .

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين وأبوهم فادعى البنون أن أباهم وقف داره عليهم فى صحته وأقاموا بذلك شاهداً واحداً حلفوا معه وصارت وقفا عليهم وسقط حق الابوين وان لم يحلفوا معه ولم يكن على الميت دين ولا له وصية حلف الابوان وكان نصيبهما طلقاً لها ونصيب البنين وقفا عليهم بإقرارهم لانه ينفذ بإقرارهم ، وان كان على الميت دين أو وصى بشئ قضى دينه ونفذت وصيته وما بقى بين الورثة فما حصل للبنين كان وقفا عليهم بإقرارهم ؛ وان حلف واحد منهم كان ثلث الدار وقفا عليه والباقي يقضى منه الدين وما فضل يكون ميراثاً فما حصل للابنين منه كان وقفا عليهم ولا يرث الحالف شيئاً لانه يعترف أنه لا يستحق منها شيئاً سوى ما وقف عليه

وان حلفوا كلهم فثبت الوقف عليهم لم يخل من أن يكون الوقف مرتباً على بطن ثم على بطن بعد بطن أبداً أو مشتركاً ، فإن كان مرتباً فاذا انقرض الاولاد الثلاثة انتقل الوقف الى البطن الثانى بغير يمين لانه قد ثبت كونه وقفاً بالشاهدين ويمين الاولاد ، فلم يحتاج من انتقل اليه الى بيعة ، كما لو ثبت بشاهدين وكالمال الموروث ، وكذلك اذا انقرض الاولاد ورجع الى المساكين لم يحتاجوا فى ثبوته لهم الى يمين لما ذكرناه .

وان انقرض أحد الاولاد انتقل نصيبه منه الى اخوته أو الى من شرط الواقف انتقاله اليه بغير يمين لما ذكرناه فان امتنع البطن الاول من اليمين فقد

ذكرنا أن نصيبهم يكون وقفاً عليهم بإقرارهم ، فإذا انقضىوا كان ذلك وقفاً على حسب ما أقروا به ، فإن كان إقرارهم أنه وقف عليهم ثم على أولادهم ، فقال أولادهم نحن نحلف مع شاهدنا لتكون جميع الدار وقفاً لنا فلم ذلك لأنهم ينقلون الوقف من الواقف فلم إثباته كالבطن الأول .

فأما إن حلف أحد البنين ونكل أخواه ثم مات الحالف نظرت فإن مات بعد موت إخوته صرف نصيبه إلى أولاده وجهاً واحداً ، وإن مات في حياة إخوته ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : ينصرف إلى إخوته لأنه لا يثبت للبطن الثاني شيء مع بقاء أحد من البطن الأول .

والثاني ينتقل إلى أولاده لأن أخويه أسقطا حقهما بنكولها فصارا كالمعدومين والثالث : ينصرف إلى أقرب عصبة الواقف لأنه لم يمكن صرفه إلى الأخوين ولا إلى البطن الثاني لما ذكرنا فيصرف إلى أقرب عصبة الواقف إلى أن يموت الأخوان ثم يعود إلى البطن الثاني . والأول أصح لأن الأخوين لم يسقطا حقوقهما وإنما امتنعا من إقامة الحجّة عليه ، ولذلك لو اعترف لها الأبوان ثبت الوقف من غير يمين ، وههنا قد حصل الاعتراف من البطن الثاني فوجب أن ينصرف إليهما لحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقهما له .

فإن قيل : فإذا كان البطن الثاني صغيراً فما حصل الاعتراف منهم . قلنا قد حصل الاعتراف من الحالف الذي ثبتت الحجّة يمينه وبالبينة التي ثبت بها الوقف وبها يستحق البطن الثاني فاكتمى بذلك في انتقاله إلى الأخوين كما يكتمى به في انتقاله إلى البطن الثاني بعد انقراض الأخوين ، ويدل على صحة هذا أننا اكتفينا بالبينة في أصل الوقف وفي كفيته وصفته وترتيبه فيما عدا هذا المختلف فيه فيجب أن يكتمى به فيه . فأما إن كان شرط الواقف أن من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إليه انتقل إلى أولاده وجهاً واحداً لأنه لا منازع أهم فيه ، وإن مات من غير ولد انتقل إلى أخويه على الوجه الصحيح ويخرج فيه الوجهان الآخران الحال الثاني : إذا كان الوقف مشتركاً وهو أن يدعوا أن أباهم وقف داره على ولده وولد ولده ما تناسلوا فقد شرك بين البطون ، ففي هذه الحال إذا حلف أولاده

الثلاثة مع شاهدهم ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجوداً ثبت الوقف على الثلاثة وإن كان من أولادهم أحد موجوداً فهو شريكهم ، فإن كان كبيراً حلف واستحق وإن لم يحلف - كان نصيبه ميراثاً تقضى منه الديون وتنفذ الوصايا وباقيه للورثة لأنه يأخذ الوقف - ابتداء من الواقف - بغير واسطة فهو كأحد البنين ، وإن كان صغيراً أو حدث لأحد البنين ولد يشاركهم في الوقف - أو كان أحد البنين صغيراً وقف - نصيبه من الوقف عليه ولا يسلم الى وليه حتى يبلغ فيحلف - أو يمتنع لأنه يتلقى الوقف - من غير واسطة .

فإن قيل فلم لم يستحق بغير يمين لكون البنين المستحقين معترفين بذلك فيكتفى باعترافهم ، كما لو كان في أيديهم دار فاعترفوا لصغير منها بشرك فإنه يسلم الى وليه .

قلنا : الفرق بينهما ان الدار التي في أيديهم لم يكن لهم فيها منازع ولا يوجب على أحد منهم فيها يمين وهذه ينازعهم فيها الأبوان وأصحاب الديون والوصايا وإنما يأخذونها بأيمانهم ، فإذا أقروا بمشارك لهم فقد اعترفوا بأنه كواحد منهم لا يستحق إلا بيمينه كالا يستحق واحد منهم إلا باليمين ، ويفارق ما إذا كان الوقف - مرتباً على بطن بعد بطن فإنه لا يشاركهم أحد من البطن الثاني ، فإذا بلغ الصغير الموقوف نصيبه حلف - كان له ، وإن امتنع نظرت فإن كان موجوداً حين الدعوى أو قبل حلفهم كان نصيبه ميراثاً كما لو كان بالغاً فامتنع من اليمين ، فإن حدث بعد أيمانهم وثبوت الوقف - نساء كان له نصيبه أيضاً لأن الوقف - ثبت في جميع الدار بأيمان البنين فلا يبطل بامتناع من حدث إلا أنه ان أقر أنها ليست وقفاً وكذب البنين في ذلك كان نصيبه من الغلة ميراثاً حكمه حكم نساء الميراث وإن لم يكذبهم فنصيبه وقف - له .

وقال القاضي : ان امتنع من اليمين رد نصيبه الى الأولاد الثلاثة ولم يفرق بين من كان موجوداً حال الدعوى والحادث بعدها لأنه لا يجوز ان يستحق شيئاً بغير يمينه ولا يجوز ان يبطل الوقف - الثابت بأيمانهم فتعين رد نصيبه اليهم .

ولنا أنه ان كان موجوداً حال الدعوى وحلفهم فهو شريكهم حين ثبت الوقف - فلم يحز ان يثبت الوقف - في نصيبه بغير يمينه كالبالغ ، وإن كان حادثاً

بعد ثبوت الوقف بإيمانهم فهم مقرون له بنصيبه وهو يصدقهم في إقرارهم فلم يجوز لهم أخذ نصيبه كما لو أقروا له بال، ولأنهم يقرون بأنهم لا يستحقون أكثر من ثلاثة أرباع الوقف فلا يجوز لهم أخذ أكثر من ذلك، وإن مات الصغير قبل بلوغه قام وارثه مقامه فيها ذكرنا، وإن مات أحد البنين البالغين قبل بلوغ الصغير وقف أيضا نصيبه عما كان لعمه الميت وكان الحكم فيه كالحكم في نصيبه الأصلي وقال القاضي إن بلغ فامتنع من اليمين فالربع موقوف إلى حين موت الثالث ويقسم بين البالغين وورثة الميت لأنه كان بين الثلاثة ونصيبه من الميت للبالغين الحين خاصة لأنها مستحقا الوقف.

«مسألة» قال (ومن ادعى دعوى وذكر أن بينته بالبعد منه فحلف المدعى عليه ثم أحضر المدعى بينته حكم بها ولم تكن اليمين مزيلة للحق)

وجملته أن المدعى إذا ذكر أن بينته بعيدة منه أو لا يمكنه إحضارها أو لا يريد إقامتها فطلب اليمين من المدعى عليه أحلف له، فإذا حلف ثم أحضر المدعى بينته حكم له، وبهذا قال شريح والشعبي ومالك والثوري والليث والشافعي وأبو حنيفة وأبو يوسف وإسحاق.

وحكى عن ابن أبي ليلى وداود أن بينته لا تسمع لأن اليمين حجة المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة المدعى كما لا تسمع بين المدعى عليه بعد بينة المدعى.

ولنا قول عمر رضي الله عنه «البينة الصادقة أحب إلى من اليمين الفاجرة» وظاهر هذه البينة الصدق ويلزم من صدقها فجور اليمين المتقدمة فتكون أولى، وإن كل حالة يجب عليه الحق فيها بإقراره يجب عليه بالبينة كما قبل اليمين، وما ذكرناه لا يصح لأن البينة الأصل واليمين بدل عنها. ولهذا لا تشرع إلا عند تعذرهما والبديل يبطل بالقدره على المبدل كبطلان التيمم بالقدره على الماء ولا يبطل الأصل بالقدره على البديل، ويدل على الفرق بينهما أنها حال اجتماعهما وإمكان سماعهما تسمع البينة ويحكم بها ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها.

(فصل) فإن طلب المدعى جسي المدعى عليه أو إقامة كفيل به إلى أن

تُحضر بيئته البعيدة لم يقبل منه ولم يكن له ملازمة خصمه نص عليه أحد لأنه لم يثبت له قبله حق يحبس به ولا يقيم به كفيلاً ، ولأن الحبس عذاب فلا يلزم معصوماً لم يتوجه عليه حق ، ولأنه لو جاز ذلك لتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق ؛ وإن كانت بيئته قريبة فله ملازمته حتى يحضرها لأن ذلك من ضرورة اقامتها ، فإنه لو لم يتمكن من ملازمته لذهب من مجلس الحاكم ولا تمكن اقامتها إلا بحضرته ، ولأنه لما تمكن من احضاره بمجلس الحاكم ليقم البيئته عليه تمكن من ملازمته فيه حتى تحضر البيئته وتفارق البيئته البعيدة أو من لا يمكن حضورها ، فإن الزامه الإقامة إلى حين حضورها يحتاج إلى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل إليه .

(فصل) ولو أقام المدعى شاهداً واحداً ولم يحلف معه وطلب يمين المدعى عليه أحلف له ثم إن حضر شاهداً آخر بعد ذلك كملت بيئته وقضى بها لما ذكرنا في التي قبلها ، وإن قال المدعى لى بيئته حاضرة وأريد أحلاف المدعى عليه ثم أقيم البيئته عليه فقيه وجمان .

أحدهما . له ذلك ويستحلف خصمه لأنه يملك استحلافه إذا كانت بيئته بعيدة فكذلك إذا كانت قريبة ؛ ولأنه لو قال لا أريد إقامة بيئتي القريبة يملك استحلافه فكذلك إذا أراد اقامتها .

الثاني : لا يملك استحلافه لأن في البيئته غنية عن اليمين فلم تشرع معها ، ولأن البيئته أصل واليمين بدل فلا يجمع بين البدل والأصل كالتييم مع الماء ، وفارق البعيدة فإنها في الحال كالمعدومة للعجز عنها ، وكذلك التي لا يريد اقامتها لأنه قد تكون عليه مشقة في احضارها أو عليها في الحضور مشقة فيسقط ذلك المشقة بخلاف التي يريد اقامتها .

مسألة ، قال (واليمين التي يبرأ بها المطلوب هي اليمين بالله ، وإن كان الحالف كافراً)

وجملته أن اليمين المشروعة في الحقوق التي يبرأ بها المطلوب هي اليمين بالله في قول عامة أهل العلم إلا أن مالكا أحب أن يحلف بالله الذي لا اله الا هو .

وإن استحلف حاكم بالله أجراً . قال ابن المنذر : هذا أحب إلى لأن ابن عباس روى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استحلف رجلاً فقال له : قل والله الذى لا إله إلا هو ما له عندك شيء . رواه أبو داود .

وفى حديث عمر حين حلف لأبي قال : والله الذى لا إله إلا هو إن النخل لنخلى وما لأبى فيها شيء .

وقال الشافعى : إن كان المدعى قصاصاً أو عتاقاً أو حداً أو مالا يبلغ نصاباً غلظت اليمين فيحلف بالله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، وقال فى القسامة : عالم خاتنة الاعين وما تخفى الصدور . وهذا اختيار أبى الخطاب . وذكر القاضى أن هذا فى أيمان القسامة خاصة وليس بشرط .

ولنا قول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمناً) وقال تعالى (فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقال تعالى فى اللعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين) وقال تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) قال بعض أهل التفسير : من أقسم بالله فقد أقسم جهد اليمين .

واستحلف النبي صلى الله عليه وسلم ركاة بن عبد يزيد فى الطلاق فقال : آله ما أردت إلا واحدة ، وفى حديث الحضرمي والكندي : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ألك بينة ؟ قال لا ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضى غصبتها ، رواه أبو داود .

وقال عثمان لابن عمر : تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلبه ؟ ولان فى الله كفاية فوجب أن يكتب باسمه فى اليمين كالموضع الذى سلوه . فأما حديث ابن عباس وعمر فإنه يدل على جواز الاستحلاف كذلك وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده ، وما ذكره الباقر فتحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه .

إذا ثبت هذا فإن اليمين فى حق المسلم والكافر جميعاً بالله تعالى لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى (فيقسمان بالله) ولقول النبي صلى الله عليه وسلم : من كان حالفاً فليحلف بالله أو بصبية .

فصل

وتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه سواء كان مسلماً أو كافراً أو عدلاً أو فاسقاً امرأة أو رجلاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم : اليمين على المدعى عليه ،
وروى شقيق عن الأشعث بن قيس قال : قال كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فاجحدني فقدمته الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لك بينة ؟ قلت لا . قال لليهودي احلف . قلت اذا يحلف فيذهب بمالي فانزل الله عز وجل (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً) الى آخر الآية ، رواه البخاري وأبو داود وابن ماجه
وفي حديث الحضرمي : قلت انه رجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه ، قال ليس لك منه الا ذلك .

مسألة ، قال (الا انه ان كان يهودياً قيل له . قل والله الذي أنزل التوراة على موسى ، وان كان نصرانياً قيل له : قل والله الذي أنزل الانجيل على عيسى وان كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها)
ظاهر كلام الخرق رحمه الله أن اليمين لا تغلظ الا في حق أهل الذمة ولا تغلظ في حق المسلمين ، ونحو هذا قال أبو بكر ، ووجه تغليظها في حقهم ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني لليهود : نشدكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زني ؟ ، رواه أبو داود . وكذلك قال الخرق تغلظ بالمكان فيحلف في المواضع التي يعظمها ويتوق الكذب فيها ولم يذكر التغليظ بالزمان

وقال أبو الخطاب : ان رأى التغليظ في اليمين في اللفظ بالزمان والمكان فله ذلك ، قال وقد أوما اليه أحمد في رواية الميموني ، وذكر التغليظ في حق المجوس قال فيقال له : قل والله الذي خلقتي ورزقتي ، وان كان وثنياً حلفه بالله وحده ، وكذلك ان كان لا يعبد الله ، لأنه لا يجوز أن يحلف بخير الله لقول النبي صلى الله عليه وسلم : من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت ، ولأن هذا ان لم يكن يمتد هذه يمينا فإنه يزاد بها اثماً وعقوبة ، وربما عجلت عقوبته فيتعظ بذلك

ويعتبر به غيره ، وهذا كله ليس بشرط في اليمين وإنما للحاكم فعله إذا رأى .
وعن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مسروق وأبو عبيدة بن عبد الله
وعطاء وشريح والحسن وإبراهيم بن كعب بن سور ومالك والثوري وأبو عبيد .
وعن قال لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق مسلم أبو حنيفة وصاحبه
وقال مالك والشافعي تغلظ ، ثم اختلفا فقال مالك . يحلف في المدينة على منبر
رسول الله صلى الله عليه وسلم ويحلف - قائما ، ولا يحلف - قائما إلا على منبر
رسول الله ، ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ، ولا يحلف - عند
المنبر إلا على ما يقطع فيه السارق فصاعداً وهو ثلاثة دراهم

وقال الشافعي : يستحلف - المسلم بين الركن والمقام بمكة وفي المدينة عند منبر
رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر وعند
الصخرة في بيت المقدس وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر ولا تغلظ
في المال إلا في نصاب فصاعداً وتغلظ في الطلاق والعنق والحد والقصاص ، وهذا
اختيار أبي الخطاب .

وقال ابن جرير : تغلظ في القليل والكثير ، واحتجوا بقول الله تعالى
(تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله) قيل أراد بعد العصر . وروى عن
النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من حلف - على منبري هذا يمين آثمة فليتبوأ
مقعده من النار ، فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين

وروى مالك قال : اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما إلى
مروان بن الحكم ، فقال زيد أحلف - له مكاني ؛ فقال مروان لا والله إلا عند
مقاطع الحقوق ، قال فجعل زيد يحلف - أن حقه لحق ويأبى أن يحلف - عند المنبر
فجعل مروان يعجب .

ولنا قول الله تعالى (فتأخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهما
الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) ولم يذكر مكانا ، ولا زمنا
ولا زيادة في اللفظ ، واستحلف - النبي صلى الله عليه وسلم ركاة في الطلاق فقال
« الله ما أردت إلا واحدة » ، قال الله ما أردت إلا واحدة ولم يغلط يمينه بزم

ولا مكان ولا زيادة لفظ وسائر ما ذكرنا في التي قبلها ، وحلف عمر لأبي حنيفة
تحتا إلى زيد في مكانه وكانا في بيت زيد ، وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد
بعته وما به داء تعلمه ؟ وفيما ذكره تقييد لمطلق هذه النصوص ومخالفة الاجماع ،
فإن ما ذكرنا عن الخليفةتين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو في محل الشهرة
فكان اجماعا وقوله تعالى (تحبسونها من بعد الصلاة) وإنما كان في حق أهل
الكتاب في الوصية في السفر ، وهي قضية خولف - فيها القياس في مواضع ، منها
قبول شهادة أهل الكتاب على المساميين ، ومنها استخلاف الشاهدين ، ومنها
استخلاف خصومها عند العثور على استحقاتهما الاثم ، وهم لا يعلمون بها أصلا
فكيف يحتجون بها . ولما ذكر أيان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيدوها ، والاحتجاج
بهذا أولى من المصير إلى ما خولف - فيه القياس وترك العمل به

وأما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند المنبر إنما فيه تغليب
اليمين على الخالف عنده ولا يلزم من هذا الاستخلاف عنده

وأما قصة مروان فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم إلى قول مروان في
قضية خالفه زيد فيها ، وقول زيد فقيه الصحابة وقاضيه وأعرضهم أحق أن يحتج
به من قول مروان ، فإن قول مروان لو انفرد ما جاز الاحتجاج به ، فكيف
يجوز الاحتجاج به على مخالفة اجماع الصحابة ؟ وقول أئمتهم وفقهائهم ، ومخالفته
فعل النبي صلى الله عليه وسلم وإطلاق كتاب الله تعالى . وهذا مالا يجوز ، وإنما
ذكر الخرق في التغليب بالمكان واللفظ في حق الذي لاستخلاف النبي (ص) اليهود
بقوله « نشدكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى » وأقول الله تعالى في حق
الكتابيين (تحبسونها من بعد الصلاة) ولأنه روى عن كعب بن سور في نصراني
قال : اذهبوا به إلى المذبح واجعلوا الإنجيل في حجره والتوراة على رأسه

وقال الشعبي في نصراني : اذهب به إلى البيعة فاستحلفه بما يستحلف - به مثله .

وقال ابن المنذر : لا أعلم حجة توجب أن يستحلف في مكان بعينه ولا يمين
غير الذي يستحلف - بها المسلمون ، وعلى كل حال فلا خلاف بين أهل العلم في أن
التغليب بالزمان والمكان والألفاظ غير واجب إلا أن ابن الصباغ ذكر أن في وجوب

التعليق بالمسكان قولين للشافعي ، وخالفه ابن العاص فقال : لا خلاف بين أهل العلم في أن القاضى حيث استخلف المدعى عليه في عمله وبلد قضائه جاز ، وإنما التعليق بالمسكان فيه اختيار فيكون التعليق عند من رآه اختياراً واستحساناً .

(فصل) قال ابن المنذر : ولم نجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف ؛ وقال الشافعي رأيتهم يؤكدون بالمصحف . ورأيت ابن مازن وهو تاجر بصنعاء يغلظ اليمين بالمصحف . قال أصحابه فيغلظ عليه بإحصار المصحف . لأنه يشتمل على كلام الله تعالى وأسمائه ، وهذا زيادة على ما أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم في اليمين وفعله الخلفاء الراشدون وقضاةهم من غير دليل ولا حجة يستند إليها ، ولا يترك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره .

« مسأله ، قال (ويحلف الرجل فيما عليه على البت ويحلف الوارث على دين الميت على العلم)

معنى البت القطع ، أى يحلف بالله ما له على شيء . وجملة الأمر أن الأيمان كلها على البت والقطع إلا على نفي فعل الغير فإنها على نفي العلم . وهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي .

وقال الشعبي والنخعي كلها على العلم . وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد وذكر أحمد حديث الشيباني عن القاسم بن عبد الرحمن عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا تضطروا الناس في أيمانهم أن يحلفوا على ما لا يعلمون ، ولأنه لا يكلف ما لا علم له به ، وقال ابن أبي ليلى : كلها على البت كما يحلف . على فعل نفسه ولنا حديث ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم استخلف رجلاً فقال له : قل والله الذى لا اله الا هو ماله عليك حق ، وروى الأشعث بن قيس « أن رجلاً من كندة ورجلاً من حضرموت اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في أرض من اليمن ، فقال الحضرمي يا رسول الله ان أرضي اغتصبنيها أبو هذا وهي في يده ، قال : هل لك بينة ؟ قال لا ولكن أحلفه والله العظيم ما يعلم أنها أرضي اغتصبنيها أبوه فتبها السكندى لليمن ، رواه أبو داود ولم ينكر ذلك النبي صلى الله عليه وسلم وما ذكروه لا يصح لأنه يمكنه الإحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك في

فعل غيره فافترقا في الدين كما افترقت الشهادة فانها تكون بالقطع فيها يمكن القطع فيه من العقود وعلى الظن فيها لا يمكن فيه القطع من الاملاك والانساب وعلى نفي العلم فيها لا يمكن الا حاطة بانتفائه كالشهادة على أنه لا وارث له غير فلان وفلان وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفي فعل الغير .

اذا ثبت هذا فانه يحلف فيها عليه على البت نفيًا كان او اثباتًا ؛ وأما ما يتعلق بفعل غيره فان كان اثباتا مثل ان يدعى أنه أقرض او باع ويقيم شاهداً بذلك فانه يحلف مع شاهده على البت والقطع .

وان كان على نفي العلم مثل ان يدعى عليه دين او غصب او جنابة ، فانه يحلف على نفي العلم لا غير ، وان حلف عليه على البت كفاه وكان التقدير فيه العلم كما في الشاهد اذا شهد بعدد الورثة وقال : ليس له وارث غيرهم سمع ذلك . وكان التقدير فيه علمه ، ولو ادعى عليه ان عبده جنى او استدان فانكر ذلك فيمينه على نفي العلم لأنها يمين على نفي فعل الغير فأشبهت يمين الوارث على نفي الموروث .
(فصل) قال ابن أبي موسى : اختلف قول أحمد فيمن باع سلعة وظهر المشتري على عيب بها وأنكره البائع هل اليمين على البتات او على علمه ؟ على روايتين ، ولو أبق عند المشتري فادعى على البائع انه أبق عنده فانكر هل يلزمه ان يحلف انه لم يابق قط او على نفي علمه ؟ على روايتين الا ان يكون ولده فيحلف أنه لم يابق قط .

ووجه كون اليمين على علمه أنها على نفي فعل الغير ، فأشبه ما لو ادعى عليه ان عبده جنى ، ووجه الاخرى انه اذا ادعى عليه انه باعه معيبا يستحق به رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان اثباتا

(فصل) ومن توجهت عليه يمين هو فيها صادق او توجهت له أبيع له الحلف . ولا شيء عليه من اثم ولا غيره ، لان الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرما وقد أمر الله تعالى نبيه ان يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من كتابه ، وحلف عمر لأبي على نخيل ثم وهبه له ، وقال خفت ان لم أحلف . ان يتمتع الناس من الحلف على حقوقهم فتصير سنة

وقال حنبل : بلى أبو عبد الله بنحو هذا ، جاء اليه ابن عمه فقال لي قبلك حق

من ميراث أبي وأطالبك بالقاضي وأحلفك ، فقبل لأبي عبد الله ما ترى ؟ قال أحلف له إذا لم يكن له قبلي حق وأنا غير شاك في ذلك حلفت له وكيف لا أحلف وابن عمر قد حلف ، وأنا من أنا ، وعزم أبو عبد الله على اليمين فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة ، واختلف في الأولى فقال قوم الحلف أولى من افتداء يمينه لأن عمر حلف ، ولأن في الحلف فائدتين

إحداهما حفظ ماله عن الضياع ، وقد نهى النبي (ص) عن إضاعته

والثانية تخليص أخيه الظالم من ظلمه وأكل المال بغير حقه وهذا من نصيبته ونصرت به بكفه عن ظلمه ، وقد أشار النبي صلى الله عليه وسلم على رجل أن يحلف ويأخذ حقه . وقال أصحابنا : الأفضل افتداء يمينه ، فإن عثمان افتدى يمينه وقال : خفت أن تصادف قدراً فيقال حلف فعوقب ، أو هذا شؤم يمينه

وروى الحلال بإسناده أن حذيفة عرف جملاً سرق له ، فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين فصارت اليمين على حذيفة فقال لك عشرة دراهم فأبي فقال لك عشرون فأبي فقال لك ثلاثون فأبي فقال لك أربعون فأبي فقال حذيفة أتراني أترك جملي ؟ لحلف بالله أنه له ما باع ولا وهب ، ولأن في اليمين عند الحاكم تبذلاً ولا يامن أن يصادف قدراً فينسب إلى الكذب وأنه عوقب بحلفه كاذباً وفي ذهاب ماله له أجر وليس هذا تضيقاً للمال فإن أخاه المسلم ينتفع به في الدنيا ويغرمه له في الآخرة وأما عمر فإنه خاف الاستئنان به وترك الناس الحلف على حقوقهم فيدل على أنه لو لا ذلك لما حلف ، وهذا أولى والله أعلم

فصل

فأما الحلف الكاذب ليقطع به مال أخيه ففيه إثم كبير . وقد قيل أنه من الكبائر لأن الله تعالى وعد عليه العذاب الأليم فقال سبحانه (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكهم ولهم عذاب أليم)

قال الأشعث بن قيس : نزلت هذه الآية كان لي بئر في أرض ابن عم لي فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ديتك أو يمينه ، قلت إذا يحلف عليها ، فقال

رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان ، أخرجه البخارى

وروى ابن مسعود قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين صبر يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان ، متفق عليه . وقال النبي صلى الله عليه وسلم في حديث الكندى : لئن حلف على ماله لياكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض ، وهو حديث حسن صحيح ، وقد روى في حديث أن يمين الغموس تذر الديار بلاقع ، ويستحب للحاكم أن يخوف المدعى عليه من اليمين الفاجرة ويقرأ عليه الآية والأخبار

(فصل)

ومن ادعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له أن يحلف أنه لا حق له على . وبهذا قال المزني .

وقال أبو ثور : له ذلك لأن الله تعالى قال (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولأنه لا يستحق مطالبته به في الحال ولا يجب عليه أدائه اليه .

ولنا أن الدين في ذمته وهو حق له عليه ولو لم يكن عليه حق لم يجب إنظاره به .

(فصل) ويمين الحالف على حسب جوابه ، فإذا ادعى عليه أنه غصبه أو

استودعه ودبغة أو اقترض منه نظرنا في جواب المدعى عليه فإن قال ما غصبتك

ولا استودعتني ولا أقرضتني كاف أن يحلف على ذلك ، فإن قال ما لك على حق

أو لا تستحق على شيئا ، أو لا تستحق على ما ادعيت ولا شيئا منه كان جوابا

صحيحا ولا يكاف الجواب عن الغصب والودبغة والقرض لأنه يجوز أن يكون

غصب منه ثم رده عليه ، فلو كاف جحد ذلك كان كاذبا وإن أقر به ثم ادعى الرد

لم يقبل منه فإذا طلب منه اليمين حلف على حسب ما أجاب

ولو ادعى اني ابتعت منك الدار التي في يدك فأنكره وطلب يمينه نظرنا في

جوابه فإن أجاب بآئك لا تستحقها حلف على ذلك ولم يلزمه أن يحلف أنه

ما ابتاعها لأنه قد يبتاعها منه ثم يردها عليه ، وإن أجاب بآئك لم تبتعها مني حلف

على ذلك .

قال احمد في رجل ادعى على رجل انه أودعه فأنكره هل يحلف ما أودعتني ؟

قال إذا حلف ما لك عندي شيء ولا لك في يدي شيء فهو يأتى على ذلك ، وهذا يدل على أنه لا يلزمه الحلف على حسب الجواب وأنه متى حلف ما لك قبل حق برىء بذلك ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين

(فصل) ولا تدخل اليمين النيابة ولا يحلف أحد عن غيره ، فلو كان المدعى عليه صغيراً أو مجنوناً لم يحلف عنه ووقف الأمر حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه ، ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقاً أو ادعاه الوصى أو الأمين له فأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه فإن نكل قضى عليه ، ومن لم ير القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعى لم يحلف الولى عنهما ، وإن نكل تقف اليمين ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه ، وإن ادعى على العبد دعوى نظرت فإن كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه كالقصاص والطلاق والنفذ فالخصومة معه دون سيده .

فإن قلنا إن اليمين تشرع في هذا أحلف العبد دون سيده وإن نكل لم يحلف غيره ، وإن كان مما لا يقبل قول العبد فيه كإتلاف مال أو جناية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال

(فصل) وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها وقال لى بيته أقيمها أو حساب استثبته لأحلف على ما أتيقن ، فذكر أبو الخطاب أنه لا يمهل ، وإن لم يحلف جعلنا كلاً .

وقبل لا يكون ذلك نكولاً ويمهل مدة قريبة ، وإن قال ما أريد أن أحلف أو سكت فلم يذكر شيئاً نظرنا في المدعى فإن كان مالا أو المقصود منه المال قضى عليه بنكوله ولم ترد اليمين على المدعى ، نص عليه أحمد فقال أنا لا أرى رد اليمين إن حلف المدعى عليه والا دفع إليه حقه ، وبهذا قال أبو حنيفة

واختار أبو الخطاب أن له رد اليمين على المدعى إن ردها حلف المدعى وحكم له بما ادعاه . قال وقد صوبه أحمد فقال : ما هو ببعيد يحلف ويستحق . وقال هو قول أهل المدينة . روى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال شريح والشعبي والنخعي وابن سيرين ومالك في المال خاصة ، وقاله الشافعى في جميع

الدعوى لما روى عن نافع عن ابن عمر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق ، رواه الدارقطني ، ولأنه إذا نكل ظهر صدق المدعى وقوى جانبه فتشرع اليمين في حقه كالمدعى عليه قبل نكوله ، وكالمدعى إذا شهد له شاهد واحد ولأن النكول قد يكون لجهله بالحال وتورعه عن الحلف على ما لا يتحققه أو للخوف من عاقبة اليمين أو ترفعا عنها مع علمه بصدقه في إنكاره ولا يتعين بنكوله صدق المدعى فلا يجوز الحكم له من غير دليل ، فإذا حلف كانت يمينه دليلا عند عدم ما هو أقوى منها كما في موضع الوفاق . وقال ابن أبي ليلى : لا أدعه حتى يقر أو يحلف .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، ولكن اليمين على جانب المدعى عليه ، فخصرها في جانب المدعى عليه ، وقوله : البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، فجعل جنس اليمين في جنبة المدعى عليه كما جعل جنس البينة في جنبة المدعى وقال أحمد : قدم ابن عمر الى عثمان في عبد له فقال له : احلف — أنك ما بعته وبه عيب علمته ، فأبى ابن عمر أن يحلف — فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعى ولأنها بينة في المال فحكم فيها بالنكول كما لو مات من لا وارث له فوجد الإمام في دفتره ديناً له على إنسان فطالبه به فأنكره وطلب منه اليمين فأنكره فإنه لا خلاف أن اليمين لا ترد .

وقد ذكر أصحاب الشافعي في هذا أنه يقضى بالنكول في أحد الوجهين ، وفي الآخر يحبس المدعى عليه حتى يقر أو يحلف . وكذلك لو ادعى رجل على ميت أنه وصى اليه بتفريق ثلثه وأنكر الورثة ونكوا عن اليمين قضى عليهم ، والخبر لا تعرف صحته ومخالفة ابن عمر له في القصة التي ذكرناها تدل على ضعفه فإنه لم يرد اليمين على المدعى ولا ردها عثمان ، فعلى هذا إذا نكل عن اليمين قال له الحاكم ان حلفت والا قضيت عليك ثلاثا ، فإن حلف — والا قضى عليه ، وعلى القول الآخر يقول له . لك رد اليمين على المدعى ، فإن ردها حلف — وقضى له ، وإن نكل عن اليمين سئل عن سبب نكوله ، فإن قال لي بينة أقيمها أو حساب أستثبته لأحلف — على ما أتيقنه أحرث الحكومة . وإن قال ما أريد أن أحلف سقط حقه من اليمين ، فلو بذلها في ذلك المجلس بعد هذا لم تسمع منه

الى أن يعود في مجلس آخر . فإن قيل فالمدعى عليه لو امتنع من اليمين ثم بذلها سمعت منه فلم منعتم سماعها ههنا ؟

قلنا اليمين في حق المدعى عليه هي الأصل فتى قدر عليها او بذلها وجب قبولها والمصير إليها كالمبدلات مع أبدالها ، وأما يمين المدعى فهي بدل فاذا امتنع منها لم ينتقل الحق إلى غيره ، فاذا امتنع منها سقط حقه منها اضعفها ، وأما إذا حلف وقضى له فعاد المدعى عليه وبذل اليمين لم يسمع منه ، وهكذا لو بذلها بعد الحكم عليه بنكوله لم يسمع لأن الحكم قد تم فلا ينقض كما لو قامت به بينة ، فاما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول ، نص عليه أحمد في القصاص .

ونقل عنه في رجل ادعى على رجل أنه قذفه فقال استحلفوه فان قال لا أحلف . أقيم عليه ، قال أبو بكر هذا قول قديم والمذهب أنه لا يقضى في شيء من هذا بالنكول ولا فرق بين القصاص في النفس والقصاص في الطرف ، وبهذا قال أبو يوسف . ومحمد وقال أبو حنيفة : يقضى بالنكول في القصاص فيما دون النفس وعن أحمد مثله والاول هو المذهب لأن هذا أحد نوعي القصاص فأشبه النوع الآخر فعلى هذا ما يصنع به فيه وجهان . أحدهما : يخلى سبيله لأنه لم يثبت عليه حجه وتكون قائدة شرعية اليمين الردع والزجر . والثاني : يحبس حتى يقر او يحلف . وأصل الوجهين المرأة اذا نسكت عن اللعان .

(فصل) واذا حلف . فقال ان شاء الله تعالى أعيدت عليه اليمين لأن الاستثناء يزيل حكم اليمين وكذلك ان وصل يمينه بشرط او كلام غير مفهوم ، وان حلف . قبل ان يستحلفه الحاكم أعيدت عليه ولم يعتد بما حلف قبل الاستحلاف وكذلك ان استحلفه الحاكم قبل ان يسأله المدعى استحلافه لم يعتد بها .

(فصل) ولو ادعى على رجل ديناً او حقاً فقال : قد أبرأتني منه او استوفيته مني فالقول قول من ينكر الإبراء والاستيفاء مع يمينه ويكفيه ان يحلف بالله ان هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوما ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه او ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه وان ادعى استيفاءه او البراءة بجهة معلومة حلف على تلك الجهة وحدها وكفاه

(فصل) والمحقوق على ضربين : أحدهما ، ما هو حق لأدى .

والثاني : ما هو حق لله تعالى لحق الأدمى ينقسم قسمين

أحدهما ما هو مال او مقصود منه المال فهذا تشرع فيه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم فاذا لم تكن للدعى بينة حلف المدعى عليه وبرىء وقد ثبت هذا فى قصة الحضرمى والكندى اللذين اختلفا فى الأرض وعموم قول النبى صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه »

القسم الثانى : ما ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو كل ما لا يثبت إلا بشاهدين كالقصاص وحيد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والعنق والنسب والاستيلاء والولاء والرق فقيه روايتان

إحدهما لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين : قال أحمد لم أسمع من مضى جوزوا الأيمان إلا فى الأموال والعروض خاصة وهذا قول مالك ونحوه قول أبى حنيفة فإنه قال لا يستحلف فى النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والغيبه فى الإيلاء ولا فى الرق وما يتعلق به من الاستيلاء والولاء والنسب لأن هذه الاشياء لا يدخلها البذل وإنما تعرض اليمين فيها بدخله البذل فان المدعى عليه مخير بين ان يحلف او يسلم ولأن هذه الاشياء لا تثبت الا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحدود

والرواية الثانية : يستحلف فى الطلاق والقصاص والقذف وقال الحرقى اذا قال ارتجعتك فقالت انقضت عدتى قبل رجعتك فالقول قولها مع يمينها ، واذا اختلفا فى مضى الاربعة أشهر فالقول قوله مع يمينه فيخرج من هذا أنه يستحلف فى كل حق لأدمى وهذا قول الشافعى وأبى يوسف ومحمد لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » أخرجه مسلم وهذا عام فى كل مدعى عليه وهو ظاهر فى دعوى الدماء لذكرها فى الدعوى مع عموم الأحاديث ولأنها دعوى صحيحة فى حق الأدمى فجاز ان يحلف فيها المدعى عليه كدعوى المال

الضرب الثانى : حقوق الله تعالى وهى نوعان

أحدهما : الحدود فلا تشرع فيها يمين ولا نعلم فى هذا خلافا لانه لو أقر ثم رجع عن اقراره قبل منه وخلى من غير يمين فلأن لا يستحلف مع عدم الاقرار

أولى ، ولأنه يستحب ستره والتعريض للمقر به بالرجوع عن إقراره والشهود بترك الشهادة والستر عليه قال النبي صلى الله عليه وسلم لم يزال في قصة ماعز « يا هزال لو سترته بشوبك لكان خيراً لك ، فلا تشرع فيه يمين بحال .

النوع الثاني : الحقوق المالية كدعوى الساعى الزكاة على رب المال وأن الحول قد تم وكمل النصاب ، فقال أحمد القول قول رب المال من غير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم . وقال الشافعى وأبو يوسف - ومحمد : يستحلف لأنها دعوى مسموعة أشبه حق الأدمى .

ولنا أنه حق لله تعالى أشبه الحد ، ولأن ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة ، ولو ادعى عليه أن عليه كفارة يمين أو ظهار أو نذر صدقة أو غيرها فاقول قر له في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد لله تعالى لأنه لا حق للدعى فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه كما لو ادعى حقاً لغيره من غير إذنه ولا ولاية له عليه ، فإن تضمنت دعواه حقاً له مثل أن يدعى سرقة ماله ليضمن السارق أو يأخذ منه ما سرقه أو يدعى عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الأدمى دون حق الله تعالى

« مسأله ، قال (وإذا شهد من الأربعة اثنان أن هذا زنى بها في هذا البيت وشهد الآخران أنه زنى بها في البيت الآخر فالأربعة قذفة وعليهم الحد)

وجملته أن من شرط صحة الشهادة على الزنا اجتماع الشهود الأربعة على فعل واحد ، فإن لم يجتمعوا لم تكمل الشهادة وكان الجميع قذفة وعليهم الحد ، فإذا شهد اثنان أنه زنى بها في هذا البيت وإثنان أنه زنى بها في بيت آخر فما اجتمعوا على الشهادة بزنا واحد ، لأن الزنا في هذا البيت غير الزنا في الآخر فلم تكمل شهادتهم ويحدون حد القذف ، وبهذا قال مالك والشافعى في أحد قولي

وقال أبو بكر : تكمل شهادتهم ويحد المشهود عليه ، واستبعده أبو الخطاب وقال هذا سهو من الناقل لأنه يخالف الأصول والإجماع والحد يدرأ بالشبهات فكيف يجب بها ؟

وقال النخعي وأصحاب الراى وأبو ثور والشافعى في قول : لا حد على الشهود

لا نهم كلوا أربعة ولا على المشهود عليه لانهم لم يشهدوا بزنا واحد يجب الحد به
ولنا أنهم لم يشهدوا بزنا واحد فلزمهم الحد كما لو شهد اثنان انه زنى بامرأة
واثنان انه زنى بغيرها ، ولأنه لا يخلو من أن تكون شهادتهم بزنا واحد أو
بأثنين ، فإن كانت بفعل واحد مثل أن يعين الجميع وقتاً واحداً لا يمكن زناه فيه في
الموضعين فإثنان منهم كاذبان يقينا واثنان منهم لو خلوا عن المعارضة لشهادتهم
لكانا قذفة فمع التعارض أولى ، وإن كانت شهادتهم بفعلين كانوا قذفة كما لو عينا
في شهادتهم انه زنى مرة أخرى ، وما ذكروه يطل بالأصل الذي ذكرناه

(فصل)

وكذلك كل شهادة على فعلين ، مثل أن يشهد اثنان انه زنى بامرأة وآخران
انه زنى بأخرى ، أو يشهدان انه زنى بها في يوم وآخران انه زنى بها في آخر
أو يشهدان انه زنا بها ليلاً وآخران انه زنى بها نهاراً أو يشهدان انه زنى بها غدوة
ويشهد آخران انه زنى بها عشياً ، وأشبه هذا فانهم قذفة في هذه المواضع وعليهم
الحد لما ذكرناه .

فإن شهد اثنان انه زنى بها في زاوية بيت وشهد آخران انه زنى بها في زاوية
منه أخرى وكانتا متباعدتين فالحكم فيه كما ذكرنا وقال أبو حنيفة تقبل شهادتهم
ويحد المشهود عليه استحساناً ، وهو قول أبي بكر

ولنا أنهما مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحد فيهما ولا يصح نسبته إليهما
فأشبهما البيتين . وأما إن كانتا متقاربتين تمكن نسبته إلى كل واحدة منهما لقربه
منها كملت الشهادة لإمكان صدقهم في نسبته إلى الزاويتين جميعاً

(فصل) ومتى كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه
أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما ، مثل أن يشهد أحدهما انه
غصبه ديناراً يوم السبت ويشهد الآخر انه غصبه ديناراً يوم الجمعة أو يشهد أحدهما
انه غصبه بدمشق ويشهد الآخر انه غصبه بمصر ، أو يشهد أحدهما انه غصبه ديناراً
ويشهد الآخر انه غصبه ثوباً فلا تكمل الشهادة لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان ،
وهكذا إن اختلفا في زمن القتل أو مكانه أو صفته أو في شرب الخمر أو القذف لم
تكمل الشهادة ، لأن ما شهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر فلم يشهد

بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد فلم يقبل إلا على قول أبي بكر ، فإن هذه الشهادة لم تكمل ويثبت المشهود به إذا اختلفا في الزمان والمكان

فأما ان اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيسا أبيض وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيسا أسود ، أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد الآخر أنه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة . ذكره ابن حامد . وقال أبو بكر تكمل ، والاول أصبح لأن كل فعل لم يشهد به إلا واحد على ما قدمناه وإن اختلفا في صفة المشهود به اختلفا يوجب تغيرهما ، مثل أن يشهد أحدهما بثوب والآخر بدينار فلا خلاف في أن الشهادة لا تكمل لأنه لا يمكن إيجابهما جميعا لأنه يكون إيجابا بالحق عليه بشهادة واحد ، ولا إيجاب أحدهما بعينه لأن الآخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الآخر

فأما إن شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في الزمان أو المكان أو الصفة ثبتا جميعا لأن كل واحد منهما قد شهدت به بينة عادلة لو انفردت أثبتت الحق وشهادة الأخرى لا تعارضها لإمكان الجمع بينهما ، إلا أن يكون الفعل مما لا يمكن تكرره كقتل رجل بعينه ، فتعارض البيئتان لعلمنا أن إحداهما كاذبة ، ولا نعلم أيتهما هي بخلاف ما يتكرر ، ويمكن صدق البيئتين فيه فانهما جميعا يثبتان أن ادعاهما وإن لم يدع إلا إحداهما ثبت له ما ادعاه دون ما لم يدعه .

وإن شهد اثنان أنه سرق مع الزوال كيسا أسود وشهد آخر إن أنه سرق مع الزوال كيسا أبيض أو شهد اثنان أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخر إن أنه سرقه عشياً فقال القاضي يتعارضان ، وهو مذهب الشافعي كما لو كان المشهود به قتل والصحيح أن هذا لا تعارض فيه لأنه يمكن صدق البيئتين بأن يسرق عند الزوال كيسين أبيض وأسود فتشهد كل بينة بأحدهما ، ويمكن أن يسرق كيسا غدوة ثم يعود إلى صاحبه أو غيره فيسرقه عشياً ومع إمكان الجمع لا تعارض

فعلى هذا أن ادعاهما المشهود به ثبتا في الصورة الاولى . وأما في الصورة

الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب، فان المشهود به وان كان فعلين لكنهما في محل واحد فلا يجب أكثر من ضمانه، وان لم يدع المشهود له الا أحد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه .

وان شهد له شاهد بسرقة كيس في يوم وشهد آخر بسرقة كيس في يوم آخر أو شهد أحدهما في مكان وشهد آخر بسرقة في مكان آخر ، أو شهد أحدهما بغصب كيس أبيض وشهد آخر بغصب كيس أسود فادعاهما المشهود له فله أن يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له به لأنه مال قد شهد له به شاهد ، وان لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه

(فصل)

فأما الشهادة على الاقرار ، مثل ان يشهد أحدهما انه أقر عندى يوم الخميس بدمشق انه قتله أو قذفه أو غصبه كذا أو ان له في ذمته كذا ويشهد آخر انه أقر عندى بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهما . وهذا قال ابو حنيفة والشافعى . وقال زفر : لا تكمل شهادتهما لأن **كل** إقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة فأشبه الشهادة على الفعل

ولنا أن المقر به واحد وقد شهد اثنان بالاقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الاقرار بهما واحداً ، وفارق الشهادة على الفعل فان الشهادة فيها على فعلين مختلفين فنظيره من الاقرار ان يشهد أحدهما انه أقر عندى انه قتله في يوم الخميس وشهد الآخر انه أقر انه قتله يوم الجمعة فان شهادتهما لا تقبل ههنا .

ويحقق ما ذكرناه انه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة في حق كل واحد ، والعادة جارية بطلب الشهود في أماكنهم لا في جمعهم الى المشهود له فيمضى اليهم في أوقات متفرقة وأما كن مختلفة فيشهدهم على إقراره ، وان كان الاقرار على فعلين مختلفين مثل ان يقول أحدهما اشهد انه أقر عندى انه قتله يوم الخميس وقال الآخر اشهد انه أقر عندى انه قتله يوم الجمعة أو قال أحدهما اشهد انه أقر عندى انه قذفه بالعريية ، وقال الآخر اشهد انه أقر عندى انه قذفه بالمعجمة لم تكمل الشهادة لأن الذي شهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة ، كما لو شهد

أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنائير ، وشهد الآخر أنه أقر أنه غصبه دراهم لم تكمل الشهادة ، وعلى قول أبي بكر تكمل الشهادة في القتل والقذف ، لأن القذف بالعربية أو العجمية ، والقتل بالبصرة أو الكوفة ليس من المقتضى فلا يعتبر في الشهادة ولم يؤثر والاول أصح

(فصل) فإن شهد أحدهما أنه باع أمس وشهد الآخر أنه باع اليوم ، أو شهد أحدهما أنه طلقها أمس وشهد الآخر أنه طلقها اليوم فقال أصحابنا : تكمل الشهادة وقال الشافعي لا تكمل . لأن كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه ما لو شهد بالغصب في وقتين .

ووجه قول أصحابنا : أن المشهود به شيء واحد يجوز أن يعاد مرة بعد أخرى ويكون واحداً باختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية .

(فصل) وكذلك الحكم في كل شهادة على قول فالحكم فيه كالحكم في البيع إلا النكاح فإنه كالفعل الواحد . فإذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمس وشهد الآخر أنه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة في قولهم جميعاً ، لأن النكاح أمس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من المعقدين إلا شاهد واحد فلم يثبت كالأمر كانت الشهادة على فعل وكذلك القذف فإنه لا تكمل الشهادة إلا أن يشهدا على قذف واحد .

(فصل) فإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه كملت الشهادة وحكم بها ، لأنه يجوز أن يكون الغصب الذي أقر به هو الذي شهد الشاهد به فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة كما لو شهدا في وقتين على إقراره بالغصب ، وقال القاضي لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها وهو قول الشافعي لأنه يجوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد ، وهذا يبطل بالشهادة على إقرارين ، فإنه يجوز أن يكون ما أقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر إذا كانا في وقتين مختلفين ولأنه إذا أمكن جعل الشهادة على واحد لم تحمل على اثنين كالإقرارين وكما لو شهد بالغصب اثنان وشهد على الإقرار به اثنان

وإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد أو أنه أقر بغصبه منه وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تكمل شهادتهما لأنهما لم يشهدا على شيء واحد ، وإن شهد أنه

أخذه من يديه: ألزمه الحاكم رده الى يديه لان اليد دليل الملك فتد الى يده لتكون دلائلها ثابتة له

قال منها : سألت أبا عبد الله عن رجل ادعى داراً في يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما ان هذه الدار لفلان وقال الآخر أشهد ان هذه الدار دار فلان ، قال شهادتهما جائزة .

(فصل) ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه لأن الناس يختلفون في شروطه فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد يعتقد ان النكاح صحيح وهو فاسد، وان شهد بفقد سواء كالبيع والإجارة . فهل يشترط ذكر شروطه ؟ على روايتين . إحداهما : يشترط ذكرها لان الناس يختلفون في شروطه فاشترط ذكرها كالنكاح . والثانية : لا يشترط ذكر شروطه لانه لا يشترط ذكرها في الدعوى فكذلك في الشهادة به بخلاف النكاح وان شهد بالرضاع فلا بد من ذكر انه شرب من ثديها او من لبن حلب منه وعدد الرضعات لان الناس يختلفون في عدد الرضعات وفي الرضاع المحرم .

وان شهد انه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ولا بد من ذكر ان ذلك كان في الحولين ، وان شهد بالقتل فلا بد من وصف القتل فيقول جرحه فقتله او ضربه بكذا فقتله ، ولو قال ضربه فمات لم يحكم بذلك لجواز ان يكون مات بغير هذا

وقد روى عن شريح انه شهد عنده رجل فقال اشهد انه اتكا عليه بمرقعه فمات فقال له شريح : فمات منه او فقتله ؟ فأعاد القول الاول وأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل فقتله ولا فمات منه ، فقال له شريح قم فلا شهادة لك : رواه سعيد .

ومن شهد بالزنا فلا بد من ذكر الزاني والمزني بها ومكان الزنا وصفته : لان اسم الزنا يطلق على ما لا يوجب الحد ، وقد يعتقد الشاهد ما ليس بزنا زنا ، فاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال ، واعتبر ذكر المرأة لئلا تسكون ممن نحل له لوله في وطئها شبهة وذكر المكان لئلا تكون الشهادة منهم على فعلمين

ومن أصحابنا من قال : لا يحتاج الى ذكر المزني بها ولا ذكر المكان لانه محل للفعل فلم يعتبر ذكره كالزبان ، وإن شهد بالسرقه فلا بد من ذكر سرقه

نصاب من الحرز وذكر المبروق منه وصفة السرقة وان شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقذوف وصفة القذف وان شهد بما لا احتاج الى تحريره بمثل ما ذكرنا في الدعوى وان ترك الشاهد ذكر شيء يحتاج الى ذكره سأله الحاكم عنه كما سأل شريح الشاهد الذي شهد عنده أنه انكأ عليه برفقه حتى مات ، وإن حرر المدعى دعواه أو حرر أحد الشاهدين شهادته وشهد بها وقال الآخر أشهد بمثل ذلك ، أو قال حين حرر المدعى دعواه أشهد بذلك أو بهذا أجزأه .

« مسألة ، قال (ولو جاء أربعة متفرقون والحاكم جالس في مجلس حكمه لم يقيم ، قبل شهادتهم وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قدفة وعليهم الحد)

هذه المسألة قد ذكرناها في كتاب الحدود بما أغنى عن إعادتها هنا .

« مسألة ، قال (ومن حكم بشهادتهما بجرح أو قتل ثم رجعا وقالوا عمدنا اقتص منها ، وإن قالوا أخطأنا غرما الدية أو أرش الجرح)

وجملة الأمر أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها لم يخل من ثلاثة أحوال : أحدها : أن يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها في قول عامة أهل العلم . وحكى عن أبي ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال يحكم بها لأن الشهادة قد أدبت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم ، وهذا فاسد لأن الشهادة شرط الحكم فإذا زالت قبله لم يجوز كما لو فسقا ، ولأن رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يجوز الحكم بها كما لو شهدا بقتل رجل ثم علم حياته ، ولأنه زال ظنه في أن ما شهد به حق فلم يجوز له الحكم به كما لو تغير اجتهاده ، وفارق ما بعد الحكم فإنه تم بشرطه ولأن الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهاده

الحال الثاني : أن يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فينظر فإن كان المحكوم به عقوبة كالحد والقصاص لم يجوز استيفاؤه لأن الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات ، ولأن المحكوم به عقوبة ولم يتعين استحقاقها ولا سبيل الى جبرها فلم يجوز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم ، وفارق المال فإنه يمكن جبره بإلزام الشاهدين عوضه ، والحد والقصاص لا يجبر بإيجاب مثله على الشاهدين .

لأن ذلك ليس بجبر ولا يحصل لمن وجب له منه عوض وإنما شرع للزجر والتشفي والانتقام لا للجبر .

فإن قيل فقد قلتم إنه إذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهدان استوفى في أحد الوجهين . قلنا الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق لأنهما يقران أن شهادتهما زور وأنها كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بهما، وهذا الذي طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذباً ولا أنه كان فاسقاً حين أدى الشهادة ولا حين الحكم بها ، ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شيء . والراجعان تلزمهما غرامة ما شهدا به فافترقا

وإن كان المشهود به مالا استوفى ولم ينقض حكمه في قول أهل الفتيا من علماء الأمصار . وحكى عن سعيد بن المسيب والأوزاعي أنها قالا ينقض الحكم وإن استوفى الحق لأن الحق ثبت بشهادتهما ، فإذا رجعا زال ما ثبت به الحكم فنقض الحكم كما لو تبين أنها كانا كافرين .

ولنا أن حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لأنفسهما . يحقق هذا أن حق الإنسان لا يزول إلا ببينة أو اقرار ورجوعهما ليس بشهادة ، ولهذا لا يفترق إلى لفظ الشهادة ولا هو اقرار من صاحب الحق ، وفارق ما إذا تبين أنها كانا كافرين لأننا تبينا أنه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول ، وفي مسألتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما وإنما كذباً في رجوعهما ، ويفارق العقوبات حيث لا تستوفى فإنها تدرأ بالشبهات

الحال الثالث . أن يرجعا بعد الاستيفاء فإنه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء ، سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة لأن الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ويرجع به على الشاهدين ثم ينظر فإن كان المشهود به اتلافاً في مثله القصاص ، كالقتل والجرح ، نظرنا في رجوعهما فإن قالا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع فعليهما القصاص ، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد

وقال أصحاب الرأي : لا قود عليهما لأنهما لم يباشرا الاتلاف فأشبهها حافر

البئر وناصب السكين إذا تلف بهما شيء

ولنا أن عليا رضي الله عنه شهد عنده رجلا ن على رجل بالسرقه فقطعه ، ثم
 عادا فقالا أخطانا ليس هذا هو السارق ، فقال على لو علت أنكما تعمدتما لقتنكما
 ولا تخالفتن له فى الصحابة فىكون اجماعا ، ولانهما تسببا الى قتله أو قطعه بما
 يفضى اليه غالبا فلزمهما القصاص كالمكره ، وفارق الحفر ونصب السكين فانه
 لا يفضى الى القتل غالبا

وقد ذكرنا هذه المسألة فى القصاص .

فاما ان قالا عمدنا الشهادة عليه ولا نعلم أنه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز ان يجهلا
 ذلك وجبت الدية فى أموالهما مغلظة لانه شبه عمد ولم تحمله العاقلة لانه ثبت
 باعترافهما والعاقلة لا تحمل اعترافا . وان قال أحدهما عمدت قتله وقال الآخر
 أخطأت فعلى العامد نصف دية مغلظة وعلى الآخر نصف دية مخففة ولا قصاص
 فى الصحيح من المذهب لانه قتل عمد وخطأ

وان قال كل واحد منهما عمدت وأخطأ صاحبي احتمل أن يجب القصاص
 عليهما لا اعتراف كل واحد منهما بعمد نفسه ، واحتمل وجوب الدية لأن كل
 واحد منهما انما اعترف بعمد شارك فيه مخطئا وهذا لا يوجب القصاص والانسان
 انما يؤخذ باقراره لا باقرار غيره ، فعلى هذا تجب عليهما دية مغلظة ، وان قال
 أحدهما عمدنا جميعا وقال الآخر عمدت وأخطأ صاحبي فعلى الاول القصاص وفى
 الثانى وجهان كالتى قبلها

وان قالا جميعا أخطانا فعليهما الدية مخففة فى أموالهما لان العاقلة لا تحمل
 الاعتراف . وان قال أحدهما عمدنا معاً وقال الآخر أخطانا معاً ، فعلى الاول
 القصاص وعلى الثانى نصف دية مخففة ، لأن كل منهما يؤخذ بحكم اقراره ، وان
 قال كل واحد منهما عمدت ولا أدري ما فعل صاحبي ؟ فعليهما القصاص لإقرار
 كل واحد منهما بالعمد ، ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص ، لأن اقرار كل
 واحد منهما لو انفرد لم يجب عليه قصاص وانما يؤخذ الانسان باقراره لا باقرار
 صاحبه ، وان قال أحدهما عمدت ولا أدري ما قصد صاحبي سئل صاحبه
 فاذا قال عمدت ولا أدري ما قصد صاحبي فهمى كالتى قبلها ، وان قال عمدنا فعليهما
 القصاص وفى الاول وجهان

وإن قالت أخطأت أو أخطأ فلان فلا قصاص على واحد منهما . وإن جهل حال الآخر بأن يحن أو يموت أو لا يقدر عليه فلا قصاص على المقر وعليه نصيبه من الدية المغلظة .

(فصل) وإن رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في أن الحاكم لا يحكم بشهادتهما إذا كان رجوعه قبل الحكم وفي أنه لا يستوفى العقوبة إذا رجع قبل استيفائها ، لأن الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما ، وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لزمه حكم اقراره وحده ، فإن أقر بما يوجب القصاص وجب عليه . وإن أقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منها . وإن أقر بالخطأ وجب عليه نصيبه من الدية المخففة ، وإن كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية أو القصاص ونحوه فثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم والاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء ، لأنه ما بقي من البينة كاف في إثبات الحكم واستيفائه ، وإن رجع بعد الاستيفاء فعليه القصاص إن أقر بما يوجبه أو قسطه من الدية أو من المفوت بشهادتهم إن كان غير ذلك ، وفي ذلك اختلاف سنذكره إن شاء الله تعالى

مسألة ، قال (وإن كانت شهادتهما بمال غرماء ولم يرجع به على المحكوم له به سواء كان المال قائما أو تالفا)

أما كونه لا يرجع به على المحكوم له به فلا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا سواء ما حكيناه عن سعيد بن المسيب والأوزاعي ، وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى . فأما الرجوع به على الشاهدين فهو قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم

وقال في الجديد : لا يرجع عليهما بشيء إلا أن يشهدا بعقوب عبد فيضمننا قيمته لأنه لم يوجد منهما اتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلم يضمننا ، كما لو ردت شهادتهما .

ولنا أنهما أخرجا ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزهما الضمان كما لو شهدا بعقوبه ولأنهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنهما فأشبه

ما لو شهدا بحريته، ولأنهما تسببا إلى اتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدي القصاص . يحقق هذا أنه إذا ألزمهما القصاص الذي يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى .

وقولهم إنهما ما أتلفا المال يبطل بما إذا شهدا بعقده فإن الرق في الحقيقة لا يزول بشهادة الزور وإنما حالا بين سيده وبينه ، وفي موضع اتلاف المال فهما تسببا إلى تلفه فيلزمهما ضمان ما تلف بسببهما كشاهدي القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناعب السكين .

« مسألة ، قال (وان كان المحكوم به عبداً أو أمة غرما قيمته)
أما إذا شهدا بالعبد أو الأمة لغير مالكة فالحكم في ذلك كالحكم في الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف فيه لأنها من جملة المال ، وإن شهدا بحريتهما ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدتهما بغير خلاف بينهم فيه فإن المخالف في التي قبلها هو الشافعي وقد وافق ههنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه ، فإن إخراج العبد عن يد سيده بالشهادة بحريته كإخراجه عنها بالشهادة به لغير مالكة ، فإذا لزمه الضمان ثم لزمه ههنا وغرما القيمة . لأن العبيد من المتقومات لا من ذوات الأمثال

(فصل) وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي في أحد قوليهِ : يجب مهر المثل لأنهما أتلفا عليه البضع فلزمهما عرضه وهو مهر المثل ، وفي القول الآخر لزمهما نصف مهر المثل لأنه إنما ملك نصف البضع بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم ، بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو أسلامها أو قتلها نفسها فإنها لا تضمن شيئاً ، ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من ينفسخ به نكاحها لم يغرم شيئاً وإنما وجب عليهما نصف المسمى لأنهما ألزماه للزوج بشهادتهما وقرراه عليه فرجع عليهما كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضاع أو غيره

وقوله أنه ملك نصف البضع غير صحيح فإن البضع لا يجوز تملك نصفه

ولأن العقد ورد على جميعه والصداق واجب جميعه ولهذا تملك المرأة إذا قبضته ونماؤه لها وتملك طلبه إذا لم تقبضه وإنما يسقط نصفه بالطلاق ، وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول فلا ضمان عليهما وبه قال أبو حنيفة، وعن أحمد : رواية أخرى عليهما ضمان المسمى في الصداق لأنهما فرتا عليه نكاحا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ما وجب به كما لو شهدا بذلك قبل الدخول .

وقال الشافعي يلزمهما له مهر المثل لأنهما أتلغا البضع عليه وقد سبق الكلام معه في هذا ولا يصح القياس على ما قبل الدخول لأنهما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط وههنا قد تقرر المهر كله بالدخول فلم يقررا عليه شيئا ولم يخرجها من ملكه متقوما فأشبه ما لو أخرجاه من ملكه بقتلها أو أخرجته هي برديتها (فصل) وإن شهدا على امرأة بنكاح فحكم به الحاكم ثم رجعا نظرت فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها لم يغرم شيئا لأنهما لم يفوتا عليهما شيئا وإن دخل بها وكان الصداق المسمى بقدر مهر المثل أو أكثر منه ووصل إليها فلا شيء عليهما لأنها أخذت عوض ما فوتاه عليهما وإن كان دونه فعليهما ما بينهما وإن لم يصل إليها فعليهما ضمان مهر مثلها لأنه عوض ما فوتاه عليهما

(فصل) وإن شهدا بكتابة عبده ثم رجعا نظرت فإن عجز ورد في الرق فلا شيء عليهما فإن أدى وعق فعليهما ضمان جميعه لأنهما فوتاه عليه بشهادتهما ويحتمل أن يلزمهما ما بين قيمته وما قبضه من كتابته والأول أولى ، لأن ما قبضه من كسب عبده فلا يحسب عليه وإن أراد تفرغهما بشهادتهما ويحتمل أن يلزمهما قبل انكشاف الحال فينبغي أن يغرمهما ما بين قيمته سليما ومكاتبيا وإن شهدا باستيلاد أمته ثم رجعا فينبغي أن يرجع عليهما بما نقصتها الشهادة من قيمتها وإن عتقت بموته رجعت الورثة بما بقي من قيمتها .

(فصل)

وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع وجب أن يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا . قال أحمد في رواية إسحاق بن منصور إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد أتلغ مالا فإنه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة . فإن كانوا اثنين فعليه النصف . ، وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر

وسواء رجع وحده او رجعوا جميعا وسواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة او من ليس بزائد، فلو شهد أربعة بالقصاص فرجع واحد منهم وقال عمدنا قتله فعليه القصاص، وان قال أخطأنا فعليه ربع الدية، وان رجع اثنان فعليهما القصاص او نصف- الدية وان شهد ستة بالزنا على محصن فرجع بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص او سدس الدية وان رجع اثنان فعليهما القصاص او ثلث الدية . وبهذا قال أبو عبيد .

وقال أبو حنيفة : ان رجع واحد او اثنان فلا شيء عليهما لأن بينة الزنا قائمة فدمه غير محقون وان رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وان رجع أربعة فعليهم نصف- الدية وان رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها وان رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدس او منصوص الشافعي فيما اذا رجع اثنان كذهب أبي حنيفة واختلف أصحابه فيما اذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال أبو إسحاق لا قصاص عليه لأن بينة القصاص قائمة . وهل يجب عليه ثلث الدية ؟ على وجهين

وقال ابن الحداد عليه القصاص وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا اذا كان زائداً فإن دم المشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دمه محقون وإنما أبيع دمه لولى القصاص وحده ، واختلفوا فيما اذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم . على وجهين .

أحدهما : يضمن الثلث . والثاني : لا شيء عليه .

ولنا ان الاتلاف حصل بشهادتهم فالراجع مقر بالمشاركة فيه عمداً عدواناً لمن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ولأنه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبهه الثاني من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ولأنه أحد من حصل الاتلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع ولأن ما تضمنه كل واحد مع اتفاقهم على الرجوع يضمنه اذا انفرد بالرجوع كما لو كانوا أربعة .

وقولهم : ان دمه غير محقون غير صحيح فإن الكلام فيما اذا قتل ولم يبق له دم بوصف يحقن ولا عده وقيام الشهادة لا يمنع وجوب القصاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصاص فاستوفاه ثم أقر بأنه قتله ظلماً وأن الشهود شهدوا

بالزور ، والتفريق بين القصاص والرجم يكون دم القتال غير محقون لا يصح
لأنة غير محقون بالنسبة إلى من قتله ، ولأن كل واحد مؤاخذ باقراره ولا يعتز
قول شريكه ، ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدهما ، وقال الآخر أخطأنا وجب
القصاص على المقر بالعمد .

(فصل) وإذا حكم الحاكم في المال بشهادة رجل وامرأتين ثم رجعوا عن
الشهادة توزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربعه ، وإن رجع
أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته .

وإن كان الشهود رجلا وعشر نسوة فرجعوا فعلى الرجل السدس وعلى كل
امرأة نصف السدس ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، لأن كل امرأتين كرجل
فالعشر كخمسة رجال ، ويحتمل أن يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف .
وبهذا قال أبو يوسف ومحمد لأن الرجل نصف البينة بدليل أنه لو رجع وحده
قبل الحكم كان كرجوعه من كلين ، فيكون الرجل حزبا والنساء حزبا ، فإن رجع
بعض النسوة وحده أو الرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع ، وعند
أبي حنيفة وأصحابه : من رجع من النسوة ما زاد على اثنتين فليس على الراجعات
شيء . وقد مضى الكلام معهم في هذا .

(فصل)

وإذا شهد أربعة بأربعائة فحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة وآخر عن
مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن أربعائة فعلى كل واحد عارجم عنه بقسطه
فعلى الأول خمسة وعشرون ، وعلى الثاني خمسون ، وعلى الثالث خمسة وسبعون
وعلى الرابع مائة ، لأن كل واحد منهم مقر بأنه فوت على المشهود عليه ربع مارجع
عنه ، ويقتضى مذهب أبي حنيفة أن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والأربعائة
أكثر من خمسين خمسين لأن المائتين لا تلزم الراجع عن الثلاثمائة ، لأن
المائتين التي رجعا عنهما قد بقي بها شاهدان .

(فصل) وإذا شهد أربعة بالزنا واثنتان بالاخصان فرجم ، ثم رجعوا عن
الشهادة فالضمان على جميعهم .

وقال أبو حنيفة : لا ضمان على شهود الاخصان لأنهم شهدوا بالشرط دون

السبب الموجب للقتل ، وانما يثبت ذلك بشهادة الزنا ، ولاصحاب الشافعي وجهان كالمذهبيين . ولنا أن قتله حصل بمجموع الشهاداتتين فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعهم بالزنا ، وفي كيفية الضمان وجهان .

أحدهما : يوزع عليهم على عدد رموسهم كشهود الزنا لان القتل حصل من جميعهم . والثاني : على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لانهم حزبان فلكل حزب نصف ، فان شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالاحصان ثم رجعوا فعلى الوجه الاول على شاهدي الاحصان الثلثان وعلى الآخرين الثلث لان على شاهدي الاحصان الثلث اشهادتهما به والثلث اشهادتهما بالزنا وعلى الآخرين الثلث اشهادتهما بالزنا وحده

وعلى الوجه الثاني على شهود الاحصان ثلاثة أرباع الدية لان عليهما النصف لشهادتهما بالاحصان ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا ، ويحتمل أن لا يجب على شاهدي الاحصان الا النصف لان كل واحد منهما جنى جنايتين وجنى كل واحد من الآخرين جناية واحدة ، فكانت الدية بينهم على عدد رموسهم لا على عدد جناباتهم كما لو قتل اثنان واحدا جرحه أحدهما جرحا والآخر جرحين .

(فصل)

واذا شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة درهم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا رجع السيد على الشاهدين بمائة لانها تمام القيمة . وكذلك لو شهدا على رجل أنه طلق زوجته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرما للزوج مائة لانهما فوتاهما بشهادتهما المرجوع عنها

(فصل) واذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكراه وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصداقها فعلى شهود النكاح للضمان لانهم الزموا المسمى ، ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف لانهما قرراه وشاهدا النكاح أوجباه فقسم بين الاربعة أرباعا ، وان شهد مع هذا شاهدين بالطلاق لم يلزمهما شيء لانهما لم يفوتا عليه شيئا يدعيه ولا أوجبا عليه ما لم يكن عليه واجبا

(فصل) وان شهد شاهدا فرع على شاهدي أصل فحكم الحاكم بشهادتهما

ثم رجع شاهدا الفرع فعليهما الضمان ، لا أعلم بينهم خلافاً في ذلك ، وإن رجع شاهدا الأصل و أحدهما لزمهما الضمان أيضاً ، وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن . وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنه لا ضمان عليهما وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الحكم تعلق بشهادة شاهدي الفرع ، بدليل أنهما جعلتا شهادة شاهدي الأصل شهادة فلم يلزم شاهدي الأصل ضمان لعدم تعلق الحكم بشهادتهما .

ولنا أن الحق ثبت بشهادة شاهدي الأصل بدليل اعتبار عدالتهما ، فإذا رجعا ضمنا كشاهدي الفرع

(فصل) وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين فرجع الشاهد غرم جميع المال ، نص عليه أحمد في رواية جماعة . وقال مالك والشافعي : يلزمه النصف لأنه أحد حجتى الدعوى فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين .

ولنا أن الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه كالشاهدين . يحققه أن اليمين قول الخصم ، وقول الخصم ليس بحجة على خصمه ، وإنما هو شرط الحكم لجرى مجرى مطالبة الحاكم بالحكم وبهذا ينفصل عما ذكره ، ولو سلمنا أنها حجة لكن إنما جعلها حجة شهادة الشاهد ، ولهذا لم يحز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر .

قال أبو الخطاب : ويتخرج أن لا يلزمه إلا النصف المحكوم به إذا قلنا ترد اليمين على المدعى .

فصل

وإذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم وقالوا عمدنا ووجب عليهم القصاص لم يعزروا لأن القصاص يغنى عن تعزيرهم ، وإن كان في مال عزروا وغرموا لأنهم جنوا جناية كبيرة وأرتكبوا جريمة عظيمة وهى شهادة الزور ويحتمل أن لا يعزروا لأن رجوعهم توبة منهم فيسقط عنهم التعزير ، ولأن شرعية تعزيرهم تمنعهم الرجوع خوفاً منه فلا يشرع

وإن قالوا أخطأنا لم يعزروا ، لأن الله تعالى قال (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق في الخطأ وإن لم يحتمله عزروا ولم يقبل قولهم .

« مسألة ، قال (وإذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ثم بان أنهما
كافران أو فاسقان كانت دية اليد في بيت المال)

وجملته أن الحاكم إذا حكم بشهادة اثنين في قطع أو قتل وأنفذ ذلك ثم بان
أنهما كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاهدين لأنهما
مقيمان على أنهما صادقان فيما شهدا به ، وإنما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف
الراجعين عن الشهادة فإنهما اعترفا بكذبهما ويجب الضمان على الحاكم أو الإمام
الذي تولى ذلك لأنه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه
لأنه مخطئ ، وتجب الدية وفي محلها روايتان .

إحداهما : في بيت المال لأنه نائب للمسلمين ووكيلهم ، وخطأ الوكيل في حق
موكله عليه ، ولأن خطأ الحاكم يكثر لكثرة تصرفاته وحكوماته فإيجاب ضمان
ما يخطئ فيه على عاقلته إجحاف بهم ، فاقضى ذلك التخفيف عنه بجعله في بيت
المال ، ولهذا المعنى حملت العاقلة دية الخطأ عن القاتل

والرواية الثانية : هي على عاقلته مخففة مؤجلة ، لما روى أن امرأة ذكرت
عند عمر بسوء فأرسل اليها فأجهضت ذا بطنها ، فبلغ ذلك عمر فشاور الصحابة ،
فقال بعضهم لا شيء عليك إنما أنت مؤدب ، وقال علي عليك الدية ، فقال عمر :
عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك ، يعني قريشا ، لأنهم عاقلة عمر ،
ولو كانت في بيت المال لم يقسمها على قومه ، ولأنه من خطائه فتحمله عاقلته كخطائه
في غير الحكومة ، وللشافعي قولان كالروايتين

فإذا قلنا إن الدية على عاقلته لم تحمل إلا الثلث فصاعداً ولا تحمل الكفارة
لأن العاقلة لا تحمل الكفارة في محل الوفاق ، كذا هنا وتكون الكفارة في ماله .

وإذا قلنا أنه في بيت المال فينبغي أن يكون فيه القليل والكثير لأن جعله في
بيت المال لعله أنه نائب عنهم وخطأ النائب على مستنبيه ، وهذا يدخل فيما يكثر
خطؤه لجعل الضمان في ماله يمحف به وإن قل لكثرة تكرره ، وسواء تولى
الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من تولاه

قال أصحابنا . وإن كان الولي استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم لأن الحاكم

سلطه على ذلك وممكنه منه والولى يدعى أنه حقه . فان قيل فاذا كان والولى يستوفى حقه فينبغى أن يكون الضمان عليه كما لو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق شهوده كان الضمان على المستوفى دون الحاكم ، كذا ههنا . قلنا ثم حصل فى يد المستوفى مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه ان أتلف — وههنا لم يحصل فى يده شيء وانما أتلف — شيئا بخطأ الامام وتسليطه عليه فافترقا

(فصل) وان شهد بالزنا أربعة فزكاهم اثنان فرجم المشهود عليه ثم بان أن الشهود فسقة أو عبيد أو بعضهم فلا ضمان على الشهود لانهم يزعمون أنهم يحقون ولم يعلم كذبهم بقينا والضمان على المزكين ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال القاضى : الضمان على الحاكم لانه حكم بقتله من غير تحقق شرطه . ولا ضمان على المزكين لان شهادتهما شرط وليست الموجبة . وقال أبو الخطاب فى رؤوس المسائل : الضمان على للشهود الذين شهدوا بالزنا

ولنا أن المزكين شهدوا بالزور شهادة أفضت الى قتله فلزمهمما الضمان كشهود الزنا اذا رجعوا ولا ضمان على الحاكم لانه أمكن احالة الضمان على الشهود فأشبه ما اذا رجعوا عن الشهادة . وقوله ان شهادتهم شرط لا يصح لان من أصلنا أن شهود الاحصان يلزمهم الضمان وان لم يشهدوا بالسبب ، وقد نص عليه أحمد . وقول أبى الخطاب لا يصح لان شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف المزكين فانه تبين كذبهم وأنهم شهدوا بالزور

وأما ان تبين فسق المزكين فالضمان على الحاكم لان التفريط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث فيلزمه الضمان كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين فسقهم .

(فصل) ولو جلد الامام انسانا بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد فعلى الامام ضمان ما حصل من أثر الضرب ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا ضمان عليه

ولنا أنها جناية صدرت عن خطأ الامام فكانت مضمونة عليه ، كما لو قطعته أو قتله .

(فصيل)

ولو حكم الحاكم بالبراءة بشهادة شاهدين ثم بان أنهما فاسقان أو كافران فإن الامام ينقض حكمه ويرد المال إن كان قائماً أو عروضة إن كان تالفاً، فإن تعذر ذلك لإعساره أو غيره فعلى الحاكم ضمانه ثم يرجع على المشهود له .

وعن أحمد رواية أخرى لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ويغرم الشهود المال ، وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان ولا يغرم الشهود المال ، وكذلك الحاكم إذا شهد ، واختلاف أصحاب الشافعي فيه أيضاً . ولا خلاف بين الجميع في أنه ينقض حكمه إذا كانا كافرين وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين ، فتقيس على ذلك ما إذا حكم بشهادة فاسقين فإن شهادة الفاسقين بجمع على ردها ، وقد نص الله تعالى على التبين فيها فقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) وأمر بالشهاد العدول وقال (وأشهدوا ذوي عدل منكم) واعتبر الرضا بالشهداء فقال تعالى (ممن ترضون من الشهداء) فيجب نقض الحكم لقوات العدالة كما يجب نقضه لقوات الإسلام ولأن الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه ، فإذا شهد شاهدان أنه كان موجوداً حالة الحكم وجب نقض الحكم كالكفر والرق في العقوبات .

إذا ثبت هذا فإن أبا حنيفة قال : لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين لا قبل الحكم ولا بعده ، ومتى جرح المشهود عليه البينة لم تسمع بيته بالفسق ولكن يسأل عن الشاهدين ، ولا تسمع على الفسق شهادة لأن الفسق لا يتعلق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبينة .

ولنا أنه معنى يتعلق الحكم به فسمعت فيه الدعوى والبينة كالتزكية . وقوله لا يتعلق به حق أحد ممنوع فإن المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعده وتبرئته من أخذ ماله أو عقوبته بغير حق فوجب أن تسمع فيه الدعوى والبينة كما لو ادعى رق الشاهدين ولم يدعه لنفسه . ولأنه إذا لم تسمع البينة الفسق أدى إلى ظلم المشهود عليه ، لأنه يمكن أن لا يعرف فسق الشاهدين إلا بشهود المشهود عليه فإذا لم تسمع شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالماً

فأما ان قامت البينة أنه حكم بشهادة والدين أو ولدين أو عدوين نظر في الحاكم الذي حكم بشهادتهما فان كان ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه لأنه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخالف نصا ولا إجماعا ؛ وان كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لان الحاكم به يعتقد بطلانه ، والفرق بين المال والاتلاف أن المال إن كان باقيا وجبرده الى صاحبه لان كل واحد أحق بماله ، وإن كان تالفا وجب ضمانه على آخذه لأنه أخذه بغير اذن صاحبه ولا استحقاق لأخذه ، أما الاتلاف فانه لم يحصل به في يد المتلف شيء برده ولم يمكن تضمينه ، لانه إنما أتلفه بحكم الحاكم وتسليطه عليه ، وهو لا يقر بعدوانه بل يقول استوفيت حق ، ولم يثبت خلاف دعواه ولم يمكن تضمين الشهود لانهم يقولون شهدنا بما علمنا وأخبرنا بما رأينا وسمعنا ولم نكنم شهادة الله تعالى التي لزمنا أداؤها ، ولم يثبت كذبهم فوجب إحالة الضمان على الحاكم لانه حكم من غير وجود شرط الحكم ويمكن من إتلاف المعصوم من غير بحث عن عدالة الشهود وكان التفريط منه فوجب إحالة الضمان عليه .

«مسألة، قال (وإذا ادعى العبد ان سيده أعتقه حلف مع شاهده وصار حرا)

روى عن أحمد في هذا روايتان إحداهما : ان العتق ثبت بشاهد ويمين وهو اختيار أبي بكر لأنه إزالة ملك فيثبت بشاهد ويمين كالبيع والهبة ، ولأنه إتلاف للمال فيقبل فيه شاهد ويمين كالاتلاف بالفعل ، وإفضاؤه الى تكميل الاحكام لا يمنع ثبوته بشاهد ويمين ، بدليل أن الولادة تثبت بشهادة النساء وينبئ عليها النسب الذي لا يثبت بشهادتهن .

والرواية الثانية : لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين لانها ليست بمال ولا المقصود منها المال ويطلع عليها الرجال في غالب الاحوال ، فأشبهت الحدود والقصاص والله أعلم .

«مسألة ، قال (ومن شهد بشهادة زور أدب وأقيم للناس في المواضع التي

يشتهر أنه شاهد زور إذا تحقق تعمده لذلك)

وجملة ذلك أن شهادة الزور من أكبر الكبائر قد نهى الله عنها في كتابه

مع نبيه عن الاوثان ، فقال تعالى (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) وقد روى عن خريم بن فاتك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : عدلت شهادة الزور الإشراف بالله ثلاث مرات ، ثم تلى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور (رواه أبو داود . وروى هذا عن ابن مسعود من قوله .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قلنا بلى يا رسول الله . قال : الإشراف بالله وعقوق الوالدين ، وكان متكئا فجلس فقال : ألا وقول الزور وشهادة الزور ، فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت ، متفق عليه .

وروى أبو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : شاهد الزور لا تزول قدماه حتى تجب له النار ، فمضى ثبت عند الحاكم عن رجل أنه شهد بزور عمداً عزره وشهره في قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن عمر رضي الله عنه ، وبه يقول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وعبد الملك بن يعلى قاضي البصرة . وقال أبو حنيفة : لا يعزر ولا يشهر لانه قول منكرو وزور فلا يعزر به كالظهار وروى عنه الطحاوي أنه يشهر وأنكره المتأخرون

ولنا أنه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله كالسب والقذف ويخالف الظهار من وجهين :

أحدهما : أنه يختص بضرره

والثاني : أنه أوجب كفارة شاقة هي أشد من التعزير ، ولانه قول عمر رضي الله عنه ولم نعرف له في الصحابة مخالفا .

وإذا ثبت هذا فإن تأديبه غير مقدور وإنما هو مفوض الى رأى الحاكم ان رأى ذلك بالجلد جلده ، وان رآه بحبس أو كشف رأسه وإهانتة وتوبيخه فعل ذلك ، ولا يزيد في جلده على عشر جلدات . وقال الشافعي : لا يزيد على تسع وثلاثين لئلا يبلغ به أدنى الحدود

وقال ابن أبي ليلى . يجلد خمسة وسبعين سوطا . وهو أحد قولى أبي يوسف

وقال الأوزاعي في شاهدني الطلاق : يجلدان مائة مائة ويترمان الصديق :
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، لا يجلد أحد فوق عشر جلادات الا في
حد من حدود الله تعالى ، متفق عليه ، وقال القاسم وسالم : يخفق سبع خفقات ،
وقال شريح : يجلد أسواطاً ، فأما شهرته بين الناس فإنه يوقف في سوق ان كان
من أهل السوق أو قبيلته ان كان من أهل القبائل أو في مسجده ان كان من أهل
المساجد ، ويقول الموكل به ان الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور
فأعرفوه . وهذا مذهب الشافعي

وأتى الوليد بن عبد الملك بشاهد الزور فأمر بقطع لسانه وعنده القاسم وسالم
فقالا : سبحان الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال هذا
أبو قبيس وجدناه شاهد زور ففعل ذلك به ، ولا يسخّم وجهه ولا يركب ولا يكلف
أن ينادى على نفسه وقد روى عن عمر رضي الله عنه ، أنه يجلد أربعين جلدة
ويسخّم وجهه ويطال حبسه ، رواه الامام أحمد . وقال سوار يلبس ويدار به على
خلق المسجد فيقول من رأى فلا يشهد بزور .

وروى عن عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة أنه أمر بحلق نصف رؤوسهم
وتسخيم وجوههم ويطاف بهم في الاسواق والذي شهدوا له معهم .
ولنا أن هذا مثله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المثلة ، وما روى عن
عمر فقد روى عنه خلافة وأنه حبسه يوماً وخلي سبيله . وفي الجملة ليس في هذا
تقدير شرعي فما فعل الحاكم عما يراه ما لم يخرج الى مخالفة نص أو معنى نص فله
ذلك ولا يفعل به شيء من ذلك حتى يحقق أنه شاهد زور وتعتمد ذلك إما بإقراره
أو يشهد على رجل بفعل في الشام في وقت ويعلم أن المشهود عليه في ذلك الوقت
في العراق ، أو يشهد بقتل رجل وهو حي أو أن هذه البهيمة في يد هذا منذ ثلاثة
أعوام وسنها أقل من ذلك ، أو يشهد على رجل أنه فعل شيئاً في وقت وقد مات
قبل ذلك الوقت أو لم يولد الا بعده ، وأشباه هذا مما يتيقن به كذبه ويعلم تعمدده
لذلك ، فأما تعارض البينتين أو ظهور فسقه أو غلظه في شهادته فلا يؤدب به ،
لان الفسق لا يمنع الصدق والتعارض لا يعلم به كذب احدى البينتين بعينه أو الغلظة
قد يعرض للصادق العدل ولا يعتمد في معنى عنه : وقد قال الله تعالى (وليعن عليكم

جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) وقال النبي صلى الله عليه وسلم
 « عني لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ،

(فصل) ومتى علم أن الشاهدين شهدا بالزور تبين أن الحكم كان باطلا
 ولزم نقضه لأننا تبينا كذبهما فيما شهدا به وبطلان ما حكم به ، فإن كان المحكوم به
 مالا رد الى صاحبه ، وإن كان اتلاقا فعلى الشاهدين ضمانه لأنهما سبب اتلافه الا
 أن يثبت ذلك بإقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك
 رجوعا منهما عن شهادتهما ، وقد بينا حكم ذلك

فصل

فإذا تاب شاهد الزور وأتت على ذلك مدة تظهر فيها توبته وتبين صدقه فيها
 وعدالته قبلت شهادته ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور . وقال مالك :
 لا تقبل شهادته أبداً لأن ذلك لا يؤمن منه .

ولنا أنه تائب من ذنبه فقبلت توبته كسائر التائبين ، وقوله لا يؤمن منه ذلك
 قلنا مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة ، بدليل سائر التائبين فإنه لا يؤمن منهم
 معاودة ذنوبهم ولا غيرها وشهادتهم مقبولة والله أعلم

« مسألة » قال (وإذا غير العدل شهادته بحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص
 قبلت منه ما لم يحكم بشهادته)

وهذا مثل أن يشهد بمائة ثم يقول هي مائة وخمسون ، أو يقول بل هي
 تسعون فإنه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به أخيراً ، وبهذا قال أبو حنيفة
 والثوري وسليمان بن عبيد المحاربي وإسحاق . وقال الزهري : لا تقبل شهادته
 الاولى ولا الآخرة لأن كل واحدة منهما ترد الاخرى وتعارضها ، ولأن الاولى
 مرجوع عنها والثانية غير موثوق بها لأنها من مقر بغلظه وخطئه في شهادته فلا
 يؤمن أن يكون في الغلط كالاولى . وقال مالك : يؤخذ بأقل قولييه لأنه أدى
 الشهادة وهو غير متهم فلم يقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم :

ولنا أن شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما
 لو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الاولى لأنها قد بطلت برجوعه عنها ولا

يجوز الحكم بها لأنها شرط الحكم فيعتبر استمرارها إلى انقضائه ، ويفارق رجوعه بعد الحكم لأن الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينقض بعد تمامه .

(فصل) وإن شهد بألف ثم قال قبل الحكم قضاؤه منه خمسمائة فسدت شهادته . ذكره أبو الخطاب فقال : إذا شهد أن عليه ألفاً ثم قال أحدهما قضاؤه منه خمسمائة بطلت شهادته وذلك أنه شهد بأن ألف جميعه عليه وإذا قضاؤه خمسمائة لم تكن الألف كله عليه فيكون كلامه متناقضاً فتفسد شهادته ، وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال بل بخمسمائة لأن ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة وإقرار بغلط نفسه ، وهذا لا يقول هذا على سبيل الرجوع .

والمنصوص عن أحمد أن شهادته تقبل بخمسمائة ، فإنه قال إذا شهد بألف ثم قال أحدهما قبل الحكم قضاؤه منه خمسمائة أفسد شهادته ، والمشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسمائة ، فصحح شهادته في نصف الألف الباقي وأبطلها في النصف الذي ذكر أنه قضاؤه ، لأن ذلك بمنزلة الرجوع عن الشهادة به ، فأشبه ما لو قال أشهد بألف بل بخمسمائة .

قال أحمد : ولو جاء بعد هذا المجلس فقال أشهد أنه قضاؤه منه خمسمائة لم يقبل منه لأنه قد أمضى الشهادة ، فهذا يحتمل أنه أراد به أنه إذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه لأن الألف قد وجب بشهادتهما وحكم الحاكم ؛ ولا تقبل شهادته بالقضاء لأنه لا يثبت بشاهد واحد ، فأما أن شهد أنه أقرضه ألفاً ثم قال قضاؤه منه خمسمائة قبلت شهادته في باقي الألف وجهاً واحداً لأنه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف .

« مسألة ، قال (وإذا شهد شاهد بألف وآخر بخمسمائة حكم لمدعى الألف بخمسمائة وحلف مع شاهده على الخمسمائة الأخرى إن أحب) »

وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صححت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به ، وهذا قول شريح ومالك والشافعي وابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد وإسحاق وأبي عبيد ، وحكى عن الشعبي أنه شهد عنده رجلان شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة وشهد الآخر أنه طلقها تطليقتين فقال

قد اختلفتما . فوما . وحكى عن أبي حنيفة أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف - وشهد آخر أنه أقر بألفين لم تصح الشهادة لان الاقرار بالألف - غير الاقرار بألافين فلم يشهد بكل إقرار إلا واحد .

ولنا أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه ، وما ذكره من أن كل إقرار إنما يشهد به واحد يبطل بما إذا شهد أحدهما أنه أقر بألف - غدوة وشهد الآخر أنه أقر بألف - عشيا فإن الشهادة تكمل ، مع أن كل إقرار إنما يشهد به واحد

فأما ما انفرد به أحدهما فإن للدعي أن يحلف - معه ويستحق ، وهذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين ، وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة أو لم يختلف - الأسباب والصفات . فأما ان اختلفت مثل أن يشهد شاهد بألف - من قرض وشاهد بخمسمائة من ثمن مبيع ويشهد شاهد بألف - بيض وآخر بخمسمائة سود أو يشهد شاهد بألف - دينار والآخر بخمسمائة درهم لم تكمل البينة وكان له أن يحلف - مع كل واحد منهما ويستحقها ويحلف - مع أحدهما ويستحق ما شهد به .

(فصل)

فإن شهد له شاهدان بألف - وشاهدان بخمسمائة ولم يختلف - الأسباب والصفات دخلت الخمسمائة في الألف - . ووجب له بالشهادتين مائة وان اختلفت الأسباب ، والصفات ووجب له الألف - . والخمسمائة ولم يدخل أحدهما في الآخر لانهما مختلفان (فصل) وان شهد له شاهد أنه باعه هذا العبد بألف - وشهد آخر أنه باعه اياه بخمسمائة لم تكمل البينة لاختلافهما في صفة البيع وله أن يحلف - مع أحدهما ويثبت له ما حلف - عليه ، وان شهد له بكل عقد شاهدان ثبت البيعان ، وان أضافا البيع الى وقت واحد ، مثل أن يشهدا أنه باعه هذا العبد مع الزوال بألف - وشهد الآخر أنه باعه اياه مع الزوال بخمسمائة تعارضت البيعتان وسقطتا لأنه لا يمكن اجتماعهما وكل بينة تكذب الاخرى . وان شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له أن يحلف - مع أحدهما ولا يتعارضان ، لان التعارض إنما يكون بين البيعتين الكاملتين .

(فصل)

وإن شهد أحدهما أنه غصبه ثوباً قيمته درهمان وشهد آخر أن قيمته ثلاثة
ثبت له ما اتفقا عليه وهو درهمان ، وله أن يحلف مع الآخر على درهم لأنهما
اتفقا على درهمين وانفرد أحدهما بدرهم ، فأشبه ما لو شهد أحدهما بألف وآخر
بخمسمائة ، وإن شهد شاهدان أن قيمته درهمان وشاهدان أن قيمته ثلاثة ثبت
له درهمان ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة له ثلاثة لأنه قد شهد بها شاهدان وهما حجة فيجب الأخذ
بهما كما يؤخذ بالزيادة في الأخبار ، وكما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بألفين
فانه يجب له ألفان ، قال القاضي ويتوجه لنا مثل هذا بناء على مسألة الألف وخمسمائة
ولنا أن من شهد أن قيمته درهمان ينفي أن تكون قيمته ثلاثة فقد تعارضت
البيئتان في الدرهم ، وتخالف الزيادة في الأخبار فإن من يروى الناقص لا ينفي
الزيادة وكذلك من شهد بألف لا ينفي أن عليه ألفاً آخر .

فإن قيل فلم قلتم أنه إذا شهد بكل واحد من القيمتين شاهدان تعارضتا وإن
شهد واحد لم تعارضتا وكان له أن يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها ؟
قلنا لأن الشاهدين حجة وبينه فإذا كملت من الجانبين تعارضت الحججتان لتعذر
الجمع بينهما ، وأما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وإنما يصير حجة مع اليمين فإذا
حلف مع أحدهما كملت الحجة بيمينه ولم يعارضهما ما ليس بحجة كما لو شهد بأحدهما
شاهدان وبالأخر شاهد واحد .

« مسألة ، قال (ومن ادعى شهادة عدل فأنكر أن تكون عنده ثم شهد بها
بعد ذلك وقال كنت أنسيتها قبلت منه) »

وجملة ذلك أن العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ثم شهد بها وقال كنت
أنسيتها قبلت ولم ترد شهادته ، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق ولا أعلم فيه
مخالفاً ، وذلك لأنه يجوز أن يكون نسيها ، وإذا كان ناسياً لها فلا شهادته عنده فلا
نكذبه مع إمكان صدقه ، ولا يشبه هذا إذا قال لا بينة لي ثم أتى ببينة حيث لا
تسمع فإن ذلك إقرار منه على نفسه بعدم البينة ، والإنسان يؤخذ بإقراره ، وقول

الشاهد لا شهادة عندي ليس بإقرار فان الشهادة ليست له إنما هي حق عليه فيكون منكراً لها ، فإذا اعترف بها كان اقراراً بعد الإنكار وهو مسموع بخلاف الإنكار بعد الإنكار ، ولأن النامي للشهادة لا شهادة له عنده فهو صادق في إنكاره ، فإذا ذكرها صارت عنده فلا تنافي بين القولين وصار هذا كمن أنكر ان يكون عنده شهادة قبل ان يستشهد ثم استشهد بعد ذلك فصارت عنده بخلاف من أنكر ان له بينة فانه لا يخرج عن ان يكون له بينة بنسيانها .

« مسألة ، قال (ومن شهد بشهادة يجر إلى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل)

وجملته ان من شهد بشهادة له بعضها مثل ان يشهد الشريك لشريكه بمال من الشركة او يشهد على زيد بدار له ولعمرو فان شهادته تبطل في الكل ، وقال الشافعي فيها قولان .

أحدهما : كقولنا . والثاني : تصح شهادته لغيره لانه أجني فتصح شهادته له كما لو لم يكن له فيها شرك ، ويتخرج لنا مثل هذا بناء على قولنا في عبد بين ثلاثة اشترى نفسه منهم ثلاثمائة درهم فادعى انهم قبضوها منه فأنكر أحدهم ان يكون أخذ شيئاً فأقر له اثنان وشهدا على المذكر بالقبض فان شهادتهما تقبل عليه ويشاركهما فيما أخذوا من المال .

ولنا انها شهادة رد بعضها للتممة فترد جميعها كما لو شهد المضارب لرب المال بمال من المضاربة ولو شهد بدين لايه وأجني أو شهد بشهادة ترد في بعض ما شهد به بطلت كلها .

« مسألة ، قال (واذا مات رجل وخلف ابنا وألف درهم فادعى رجل على الميت ألف درهم وصدقه الاب وادعى آخر مثل ذلك وصدقه الابن فان كان في مجلس واحد كان الالف بينهما ، وان كان في مجلسين كان الالف للأول ولا

شيء للثاني) وجملته ان الميت اذا خلف وارثاً وتركه فاقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق ميراثه فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لجميعها ، فإذا أقر بعد

ذلك لآخر نظرت فإن كان في المجلس صبح الإقرار واشتركا في التركة لأن حالة المجلس كلها كحالة واحدة بدليل القبض ، فما يعتبر القبض فيه وإمكان الفسخ في البيع ولحقوق الزيادة في العقد فكذلك في الإقرار، وإن كان في مجلس آخر لم يقبل إقراره لأنه يقر بحق على غيره ، فإنه يقر بما يقتضى مشاركة الأول في التركة ومزاحمته فيها وتنقيص حقه منها ، ولا يقبل إقرار الانسان على غيره .

وقال الشافعي : يقبل إقراره ويشتركان فيها لأن الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لها لقبول فكذلك الوارث . ولأن منعه من الإقرار يفضي إلى إسقاط حق الغرماء فإنه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بغيبته ، ولأن من قبل إقراره أولاً قبل إقراره ثانياً إذا لم يتغير حاله كالموروث

ولنا أنه أقر بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره على وجه يضر به تعلقاً يمنع صحة تصرفه فيه فلم يقبل كإقرار الراهن بخيانة عبده المرهون أو الجاني، وأما الموروث فإن أقر في صحته صبح لأن الدين لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته ، وإن أقر في مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك ، وإن أقر في مرضه لغريم يستغرق دينه تركته ثم أقر لآخر في مجلس آخر صبح وشارك الأول والفرق بينه وبين الوارث أن إقراره الأول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يتعلق به دين آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعلق الدين بتركته بالإقرار بخلاف الوارث فإنه لا يملك أن يعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملك بقوله ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلتزم قضاء الدين .

(وصل) وإن مات وترك ألفاً فأقر به ابنه لرجل ثم أقر به لغيره فهو الأول ولا شيء للثاني فيه سواء كان في مجلس أو مجلسين لأنه باعترافه الأول ثبت له الملك فيه فصار إقراره للثاني إقراراً له بملك غيره فلم يقبل وتنازع المقر غرامته للثاني لأنه فوته عليه بإقراره به لغيره فأشبهه ما لو غصبه منه فدفعه إلى غيره

« مسألة ، قال (ومن ادعى دعوى على مريض فأوما برأسه أى نعم لم يحكم بها حتى يقول بلسانه) »

وجهه أن إشارة المريض لا تقوم مقام نطقه وسواء كان عاجزاً عن الكلام

أو قادراً عليه وبهذا قال الثوري . وقال الشافعي : يقبل اقراره بإشارته إذا كان عاجزاً عن الكلام لأنه اقرار بالإشارة من عاجز عن الكلام فأشبهه اقرار الآخر صولنا أنه غير مأبوس من نطقه فلم تقم إشارته مقام نطقه كالصحيح ، وبهذا فارق الآخر ص فإنه مأبوس من نطقه ، ولهذا لو ارتج عليه في الصلاة لم تصح صلاته بغير قراءة بخلاف الآخر ص ، والآيسة يفرق بينها وبين من ارتفع حيفضها مع إمكانه في العدة ، ولأن عجزه عن النطق غير متحقق ، فإنه يحتمل أن يترك الكلام لصعوبته عليه ومشقته لا لعجزه .

وان صار الى حال يتحقق الاياس من نطقه لم يوثق بإشارته لان المرض الذي أعجزه عن النطق لم يختص بلسانه فيجوز أن يكون أثر في عقله أو في سمعه فلم يدر ما قبل له بخلاف الآخر ص ، ولان الآخر ص قد تكررت إشارته حتى صارت عند من يعاشره كاليقين وعمالة النطق ، وهذا لم تتكرر إشارته فلهذا لم يرد الاقرار انما أراد الانكار أو اسكات من يسأله ، ومع هذه الفروق لا يصح القياس

مسألة ، قال (ومن ادعى دعوى وقال لا بينة لي ثم أتى بعد ذلك ببينة لم تقبل لانه مكذب لبنته)

وبهذا قال محمد بن الحسن ، وقال أبو يوسف وابن المنذر : تقبل ، وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه يجوز أن ينسى أو يكون الشاهدان سمعا منه وصاحب الحق لا يعلم فلا يثبت بذلك أنه أكذب ببنته . وقال بعض أصحاب الشافعي : وان كان الإشهاد أمراً تولاه بنفسه لم تسمع ببنته لانه أكذبها ، وان كان وكيله أشهد على المدعى عليه أو شهد من غير علمه أو من غير أن يشهد سمعت ببنته لانه معذور في نفيه إياها ، وهذا القول حسن

وانا أنه أكذب ببنته باقراره أنه لا يشهد له أحد ، فاذا شهد له انسان كان تكذيباً له ، وبفارق الشاهد اذا قال لا شهادة عندي ثم قال كنت نسيته لان ذلك اقرار لغيره بعد الانكار وههنا هو متر الخصمه بعدم البينة فلم يقبل رجوعه عنه . والحكم فيما اذا قال كل بينة لي زور كالحكم فيما اذا قال لا بينة لي على ما ذكرنا من الخلاف فيه .

(فصل) وإن قال ما أعلم لي بينة ثم أتى بينة سمعت لأنه يجوز أن تكون له بينة لم يعلمها ثم علمها . قال أبو الخطاب : ولو قال ما أعلم لي بينة فقال شاهدان نحن نشهد لك سمعت بينته .

« مسألة » قال (وإذا شهد الوصي على من هو موصى عليهم قبلت شهادته ، وإن شهد لهم لم يقبل إذا كانوا في حجره)

أما شهادته عليهم فمقبولة لأنعلم فيه خلافا فإنه لا يهتم عليهم ولا يجر بشهادته عليهم نفعاً ولا يدفع عنهم بها ضرراً ، وأما شهادته لهم إذا كانوا في حجره فغير مقبولة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الشعبي والثوري ومالك والشافعي والأوزاعي وأبو حنيفة وابن أبي ليلى ، وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لهم إذا كان الخصم غيره لأنه أجنبي منهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية

ولنا أنه شهد بشيء هو خصم فيه ، فإنه الذي يطالب بحقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها فلم يقبل شهادته كما لو شهد بمال نفسه ، ولأنه يأخذ من مالهم عند الحاجة فيكون متهما في الشهادة به .

فأما قوله إذا كانوا في حجره فإنه يعني أنه لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم قبلت شهادته لو زال المعنى الذي منع قبولها ، والحكم في أمين الحاكم يشهد للأيتام الذين هم تحت ولايته كالحكم في الوصي سواء

« مسألة » قال (وإذا شهد من يخنق في الأحيان قبلت شهادته في إفاقته)

قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، ومن حفظنا عنه ذلك مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، ولا أحسبه إلا مذهب أهل الكوفة ، وذلك لأن الاعتبار في الشهادة بحال أدائها وهو في وقت الأداء من أهل التحصيل والعقل الثابت فقبلت شهادته كالصي إذا كبر . ولأنه عدل غير متهم فقبلت شهادته كالصحيح ، وزوال عقله في غير حال الشهادة لا يمنع قبولها كالصحيح الذي ينام والمريض الذي يغمى عليه في بعض الأحيان

« مسألة ، قال (وتقبل شهادة الطبيب في الموضحة اذا لم يقدر على طبيبين ، وكذلك البيطار في داء الدابة)

وجملته أنه اذا اختلف في الشجة هل هي موضحة أو لا ؟ أو فيما كان أكثر منها كالهشمة والمنقلة والامة والدامغة ؟ أو أصغر منها كالباضعة والمتلاحمة والسمحاق أو في الجائفة وغيرها من الجراح التي لا يعرفها الا الاطباء ؟ أو اختلفا في داء يختص بمعرفة الاطباء أو في داء الدابة ؟ فظاهر كلام الخرقى أنه اذا قدر على طبيبين أو بيطارين لا يجزىء واحد ، لانه مما يطلع عليه الرجال فلم تقبل فيه شهادة واحد كسائر الحقوق ، فإن لم يقدر على اثنين أجزأ واحد لانه مما لا يمكن كل واحد أن يشهد به لانه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة فاجزىء فيه بشهادة واحد بمنزلة العيوب تحت الثياب يقبل فيها قول المرأة الواحدة فقبول قول الرجل الواحد أولى

(فصل) قال أحمد رحمه الله اذا قال أشهد على مائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره الا أن يقول أشهد ولى على مائة ومائة ، يحكيه كله للحاكم كما كان . وقال أحمد : اذا شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم الا على مائة ومائتين ، فقال له صاحب الحق أريد أن تشهد لى على مائة لم يشهد الا بألف . قال القاضى : وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد ، قال الله تعالى (ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها) ولانه لو ساع للشاهد أن يشهد ببعض ما شهد عليه لساع للقاضى أن يقضى ببعض ما شهد به الشاهد .

وقال أبو الخطاب : عندى يجوز أن يشهد بذلك لأن من شهد بألف فقد شهد بمائة فإذا شهد بمائة لم يكن كاذبا في شهادته ، فجاز كما لو كان قد أقرضه مائة مرة وتسعمائة مرة أخرى ، والاول أصح لما ذكره القاضى ، ولأن شهادته بمائة ربما أوهمت أن هذه المائة غير التي شهدت بأصله فيؤدى الى إيجابها عليه مرتين .

(فصل) قال أحمد : اذا شهد بألف درهم ومائة دينار فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره . قال القاضى : لانه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك جاز أن يحمل الشهادة عليه والله أعلم

كتاب الدعوى والبيّنات

الدعوى فى اللغة إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً ملكاً أو استحقاقاً أو صفقة أو نحو ذلك، وهى فى الشرع إضافة إلى نفسه استحقاق شيء فى يد غيره أو فى ذمته والمدعى عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه .

وقال ابن عقيل : الدعوى الطلب قال الله تعالى (ولهم ما يدعون) وقيل المدعى من يلمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو إثبات حق فى ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك .

وقيل المدعى من إذا ترك لم يسكت والمدعى عليه من إذا ترك سكت ، وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بأن يختلفا فى العقد فيدعى كل واحد منهما أن الثمن غير الذى ذكره صاحبه . والأصل فى الدعوى قول النبي صلى الله عليه وسلم : لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه ، رواه مسلم وفى حديث « البيّنة على المدعى واليمين على المدعى عليه » ولا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف .

« مسأله ، قال أبو القاسم رحمه الله (ومن ادعى زوجية امرأة فأنكرته ولم تكن له بينة فرق بينهما ولم يحلف)

وجملته أن النكاح لا يستحلف فيه رواية واحدة ، ذكره القاضى وهو قول أبى حنيفة ، ويتخرج أن يستحلف فى كل حق لادعى وهو قول الشافعى وابن المنذر ونحوه قول أبى يوسف ومحمد لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولأنه حق لادعى فيستحلف فيه كالمال ، ثم اختلفوا فقال أبو يوسف ومحمد : يستحلف فى النكاح فإن نكل ألزم النكاح ، وقال الشافعى : أن نكل ردت اليمين على الزوج فحلف وثبت النكاح .

ولنا أن هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه كالحمد ، يحقق هذا أن الأبضاع مما يحتاط فيها فلا تباح بالنكول ولا به ويمين المدعى كالحدود ، وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل

بحقيقة الحال أو لاجتماع من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم . ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي ان يقضى به فيها محتاط له . ويدين المدعى إنما هي قول نفسه لا ينبغي ان يعطى بها أمراً فيه خطر عظيم وإثم كبير ، ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه .

وأما الحديث فإنما تناول الاموال والدماء فلا يدخل النكاح فيه ، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصا بالحدود فالنكاح في معناه ، بل النكاح أولى لأنه لا يكاد يخلو من شهود لكون الشهادة شرطاً في انعقاده أو من اشتهاره فيشهد فيه بالاستفاضة والحدود بخلاف ذلك .

إذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما ويحال بينه وبينها ويخلي سبيلها ، وإن قلنا إنها تحلف على الاحتمال الآخر فذلك لم يقض بالنكاح وتجبس في أحد الوجهين حتى تقر أو تحلف ؛ وفي الآخر يخلي سبيلها وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع لتقر ان كان المدعى محقاً او تحلف فتبرأ ان كان مبطلاً .

(فصل) وإذا ادعى رجل نكاح امرأة احتاج الى ذكر شرائط النكاح فيقول تزوجتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها ان كانت ممن يعتبر رضاها . وهذا منصوص الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يحتاج الى ذكر شرائطه لأنه نوع ملك فأشبهه ملك العبد . ألا ترى أنه لا يحتاج ان يقول وليست معتدة ولا مرتدة ؟ ولنا : أن الناس اختلفوا في شرائط النكاح فمنهم من يشترط الولي والشهود ومنهم من لا يشترط ومنهم من يشترط اذن البكر البالغ لايبها في تزويجها ومنهم من لا يشترطه وقد يدعى نكاحاً يعتقد صحته والحاكم لا يرى صحته ولا ينبغي ان يحكم بصحته مع جهله بها ولا يعلم بها ما لم تذكر الشروط وتقوم البينة بها ، وتفارق المال فإن أسبابه تنحصر وقد يخفى على المدعى سبب ثبوت حقه والعقود تذكر شروطها ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطاً سبعة وربما لا يحسن المدعى عدها ولا يعرفها والاموال بما يتساهل فيها ولذلك افترقا في اشتراط الولي والشهود في عقودهم فافترقا في الدعوى ، وعدم العدة والردة لم يختلف الناس فيه والاصل عدمها ولا تختلف به الاغراض فإن كانت المرأة أمة والزوج حراً فقياس ما ذكرناه أنه يحتاج الى ذكر عدم الطول وخوف العنت لأنهما من شرائط صحة نكاحها ، وأما

إن ادعى استدامة الزوجية ولم يدع العقد لم يحتج إلى ذكر الشروط في أحد الوجهين لأنه ثبت بالاستفاضة ، ولو اشترط ذكر الشروط لاشتطت الشهادة به ولا يلزم ذلك في شهادة الاستفاضة ، وفي الثاني يحتاج إلى ذكر الشروط لأنه دعوى نكاح فأشبهه دعوى العقد

(فصل) وإن ادعت المرأة النكاح على زوجها وذكرت معه حقاً من حقوق النكاح كالصداق والنفقة ونحوها سمعت دعواها بغير خلاف فعليه لأنها تدعى حقاً لها تضييقه إلى سببه فتسمع دعواها ، كما لو ادعت ملكاً أضاعته إلى الشراء ، وإن أفردت دعوى النكاح فقال القاضي تسمع دعواها أيضاً لأنه سبب لحقوق لها فتسمع دعواها فيه كالبيع .

وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر لا تسمع دعواها فيه لأن النكاح حق للزوج عليها فلا تسمع دعواها حقاً لغيرها ، فإن قلنا بالأول سئل الزوج فإن أنكر ولم تكن بينة فالقول قوله من غير يمين لانه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها فلأن لا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى ، ويحتمل أن يستحلف لأن دعواها إنما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين ، وإن قامت البينة بالنكاح ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها .

فأما إباحتها له فتنبى على باطن الامر فان علم أنها زوجته حلت له لان إنكاره النكاح ليس بطلاق ولا نوى به الطلاق ، وإن علم أنها ليست امرأته اما لعدم العقد أو لبيئتها منه لم تحل له ، وهل يمكن منها في الظاهر يحتمل وجهين :

أحدهما يمكن منها لان الحاكم قد حكم بالزوجية

والثاني لا يمكن منها لإقراره على نفسه بتحريمها عليه فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه كما لو تزوج امرأة ثم قال هي أختي من الرضاغة .

فاذا ثبت هذا فان دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرنا من الكشف عن سبب النكاح وشرائط العقد ، ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل .

(فصل) فأما سائر العقود غير النكاح كالبيع والاجارة والصلح وغيرها فلا يفتقر إلى الكشف وذكر الشروط في أصح الوجهين لأنها لا يحتاج لها ولا تفتقر

الى الولي والشهود فلم تفتقر الى الكشف كدعوى العين ، وسواء كان المبيع جارية أو غيرها لأنها مبيع فأشبهت الجارية ، وكذلك اذا كان المدعى عينا أو ديناً لم يحتاج الى ذكر السبب ، لأن أسباب ذلك تكثر ولا تنحصر ، وربما خفي على المستحق سبب استحقاقه فلا يكاف بيانه ، ويكفيه أن يقول أستحق هذه العين التي في يده أو أستحق كذا وكذا في ذمته ، ويقول في البيع اني اشتريت منه هذه الجارية بألف درهم أو بعته منه بذلك ، ولا يحتاج أن يقول وهي ملكة أو وهي ملكي ونحن جائز الامر وتفرقنا عن تراض .

وذكر أبو الخطاب في العقود وجهاً آخر أنه يشترط ذكر شروطها قياساً على النكاح . وذكر أصحاب الشافعي هذين الوجهين ووجهاً ثالثاً أنه ان كان المبيع جارية اشترط ذكر شروط البيع لانه عقد يستباح به الوطء فأشبه النكاح ، وان كان المبيع غيرها لم يشترط لعدم ذلك ، والاول أولى لانها دعوى فيها لا يشترط فيه الولي والشهود أشبه دعوى العين ، وما لزم ذكره في الدعوى فلم يذكره سألها الحاكم عنه لتصير الدعوى معلومة فيمكن الحاكم الحكم بها ، وقد ذكرنا سائر الدعاوى فيها سبق بما أغنى عن اعادته ههنا

مسألة ، قال (ومن ادعى دابة في يد رجل فأنكر وأقام كل واحد منهما بينة حكم بها للدعى ببينته ولم يلتفت الى بينة المدعى عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم أمرنا بسماع بينة المدعى ويمين المدعى عليه ، وسواء شهدت بينة المدعى عليه أنها له أو قالت ولدت في ملكه عليه)

وجملة ذلك أن من ادعى شيئاً في يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بينة فان بينة المدعى تسمى بينة الخارج وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل ، وقد اختلفت الرواية عن أحد فيما اذا تعارضتا ، فالمشهور عنه تقديم بينة المدعى ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال ، وهذا قول اسحاق

وعنه رواية ثانية : ان شهدت بينة الداخل بسبب الملك وقالت تتجنت في ملكه أو اشتراها أو نسجها ، أو كانت بينته أقدم تاريخاً قدمت والا قدمت بينة

المدعى ، وهو قول أبى حنيفة وأبى ثور فى التناج والنساج فيها لا يتكرر نسجه .
فأما ما يتكرر نسجه كالصوف والخز فلا تسمع بينته لأنها إذا شهدت بالسبب فقد
أفادت مالا تفيده اليد .

وقد روى جابر بن عبد الله أن النبى صلى الله عليه وسلم اختصم إليه رجلان
فى دابة أو بعير فأقام كل واحد منهما البينة بأنها له أنتجها ، فقضى بها رسول الله
صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده ،

وذكر أبو الخطاب روايه ثالثة أن بينة المدعى عليه تقدم بكل حال ، وهو
قول شريح والشعبى والنخعى والحكم والشافعى وأبو عبيد ، وقال هو قول أهل
المدينة وأهل الشام . وروى عن طاوس ، وأنكر القاضى كون هذا رواية عن
أحمد ، وقال لا تقبل بينة الداخل إذا لم تقدم إلا ما أفادته يده ، رواية واحدة ،
واحتج من ذهب الى هذا القول بأن جنبه المدعى عليه أقوى لأن الأصل معه
ويمينه تقدم على يمين المدعى ، فإذا تعارضت البيئتان وجب ابقاء يده على ما فيها
وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما ، وحديث جابر يدل على هذا ، فإنه إنما
قدمت بينته ليده .

وانا قول النبى صلى الله عليه وسلم والبينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ،
فجعل جنس البينة فى جنبه المدعى فلا يبقى فى جنبه المدعى عليه بينة ، ولأن بينة
المدعى أكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل ، ودليل كثرة
فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن وبينه المنكر إنما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن
مفيدة ، ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف ، فإن
ذلك جائز عند كثير من أهل العلم ، فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم
عليها بينة المدعى كما تقدم على اليد ، كما أن شاهدى الفرع لما كانا مبنيين على
شاهدى الأصل لم تكن لهما مزية عليها

(فصل) وأى البيئتين قدمناها لم يحلف صاحبها معها ، وقال الشافعى فى أحد
قوله يستحلف صاحب اليد لأن البيئتين سقطتا بتعارضهما فصارا كمن لا بينة لهما
فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة

ولنا أن إحدى البيئتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تعارض

خبران خاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ، ولا نسلم أن البيعة الراجحة تسقط وإنما نرجع ويعمل بها وتسقط المرجوحة

(فصل) فإن كانت البيعة لأحدهما دون الآخر نظرت فإن كانت البيعة للمدعى وحده حكم بها ولم يحلف بغير خلاف في المذهب ، وهو قول أهل الفتيا من أهل الامصار ، منهم الزهري وأبو حنيفة ومالك والشافعي وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشعبي وابن أبي ليلى : يستحلف الرجل مع بينته . قال شريح لرجل : لو أثبت عندي كذا وكذا شاهدا ما قضيت لك حتى تحلف .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي : بينتك أو يمينه ليس لك إلا ذلك ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، ولأن البيعة إحدى حجتي الدعوى فيكتفى بها كاليمين . قال أصحابنا ولا فرق بين الحاضر والغائب والحى والميت والصغير والكبير والمجنون والمكاف . وقال الشافعي : إذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه أحلف المشهود له لأنه لا يمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والابراء فيقوم الحاكم مقامه في ذلك انزول الشبهة وهذا حسن فإن قيام البيعة للمدعى بثبوت حقه لا ينفي احتمال القضاء والابراء ، بدليل أن المدعى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته ، فإن كان حاضراً مكافاً فسكوته عن دعوى ذلك دليل على انتفائه فيكتفى بالبيعة . وإن كان غائباً أو ممن لا قول له نفي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فتشرع اليمين لنفيه ، وإن لم تكن للمدعى بيعة وكانت للمسكر بيعة سمعت بينته ولم يحتاج إلى الحلف معها لأننا قلنا بتقديمها مع التعارض وأنه لا يحلف معها فمع انفرادها أولى . وإن قلنا بتقديم بيعة المدعى عليه فيجب أن يكتفى بها عن اليمين لأنها أقوى من اليمين ، فإذا اكتفى باليمين فيما هو أقوى منها أولى ، ويحتمل أن تشرع اليمين أيضاً لأن البيعة ههنا يحتمل أن تكون مستندة اليد والتصرف فلا تفيد إلا ما أفادته اليد والتصرف وذلك لا يغني عن اليمين فكذلك ما قام مقامه

(فصل) وإن ادعى الخارج أن الدابة ملكه وأنه أودعها لداخل أو أعاره إياها أو أجرها منه ولم يكن لواحد منها بيعة فالقول قول المذكر مع يمينه ولا نعلم فيه

خلافاً ، وإن كان لكل واحد منهما بينة فينبية الخارج مقدمة ، وهذا قول الشافعي .
وقال القاضي بينة الداخل مقدمة لأنه هو الخارج في المعنى لأنه ثبت أن المدعى
صاحب اليد وأن يد الداخل نائمة عنه .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : البينة على المدعى ، ولأن البين في حق
المدعى عليه فتكون البينة المدعى كما لو لم يدع الإيداع ؛ يحققه أن دعواه الإيداع
زيادة في حجيته وشهادة البينة بها تقوية لها فلا يجوز أن تكون مبطللة لبينته ، وإن
ادعى الخارج أن الداخل غصبه إياها وأقاما بينتين فهي للخارج ويفتضي قول القاضي
أنها للداخل والأولى ما ذكرناه .

(فصل) فإن كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسوا قاطمها وباقيها
في يد آخر فادعاهما كل واحد منهما كلما ولا بينة لواحد منهما فلكل واحد منهما
ما في يده مع يمينه ، وإن أقاما بينتين وقلنا تقدم بينة الخارج فلكل واحد منهما
ما في يد صاحبه ، وإن قلنا تقدم بينة الداخل فلكل واحد منهما ما في يده
من غير يمين .

فصل

فإن كان في يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما أن الشاة التي في
يد صاحبه له ولا بينة لهما حلف كل واحد منهما لصاحبه وكانت الشاة التي في يده
له ، وإن أقاما بينتين فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما
وإن كان كل واحد منهما قال هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج هذه فالتعارض
في النتاج لا في الملك ، إذ يستحيل أن يكون كل واحد منهما يثبت الأخرى
والمحكم على ما تقدم .

وإن ادعى كل واحد منهما أن الشاتين لي دون صاحبي وأقاما بينتين تعارضتا
وانبنى ذلك على القول في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الخارج جعل لكل
واحد منهما ما في يد الآخر ومن قدم بينة الداخل أو قدمها إذا شهدت بالنتاج
جعل لكل واحد منهما ما في يده .

(فصل) وإذا ادعى زيد شاة في يد عمرو وأقام بها بينة لحكم له بها حاكم ثم
ادعاهما عمرو على زيد وأقام بها بينة ، فإن قلنا بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو

لان بينة زيد مقدمة عليها ، وان قلنا بينة الداخل مقدمة نظرنا في الحكم كيف وقع فإن كان حكم بها لزيد لان عمر أ لا بينة له ردت الى عمرو لانه قد قامت له بينة واليد كانت له ، وان حكم بها لزيد لانه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه لانه حكم بما يسوع الاجتهاد فيه ، وان كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضاً ووردها الحاكم لفسقها ثم عدلت لم ينقض الحكم أيضاً لان الفاسق اذا ردت شهادته لفسقه ثم أعادها بعد لم تقبل ، وان لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض لان حكم الحاكم الاصل جرياته على العدل والانصاف والصحة فلا ينقض بالاحتمال ، فإن جله ثالث فادعاهما وأقام بها بينة فبينته وبينه زيد متعارضتان ولا يحتاج زيد الى اقامة بينته لانها قد شهدت مرة وهما سواء في الشهادة حال التنازع فلم يحتاج الى اعادتها كالبينة اذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بانث عدلتها فإنها تقبل ويحكم من غير اعادة شهادتها . كذا ههنا

فصل

واذا كان في يد رجل شاة فادعاهما رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بينة ، وادعى الذي هي في يده أنها في يده منذ سنتين وأقام بذلك بينة فهي للدعي بغير خلاف . لان بينته تشهد له بالملك وبينه الداخل تشهد باليد خاصة ، فلا تعارض بينهما لإمكان الجمع بينهما بأن تكون اليد على غير ملك فكانت بينة الملك أولى ، فان شهدت بينة بأنها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحان تقدم التاريخ من جهة بينة الداخل وكون الاخرى بينة الخارج ففيه روايتان .

احدهما : تقدم بينة الخارج ، وهو قول أبي يوسف ومحمد وأبي ثور ويقتضيه عموم كلام الخرقى لقوله صلى الله عليه وسلم والبينة على المدعى ، ولان بينة الداخل يجوز ان يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيده اليد أشبهت الصورة التي قبلها والثانية : تقدم بينة الداخل وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانها تضمنت زيادة ، فان كلفت بالعكس فشهدت بينة الداخل أنه يملكها منذ سنة وشهدت بينة الخارج أنه يملكها منذ سنتين قدمت بينة الخارج الا على الرواية التي تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين في التي قبلها ، وظاهر مذهب الشافعي تقديم بينة الداخل على كل حال وقال بعضهم فيها قولان

وإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الداخل ، ذكره القاضى وهو قول أبى ثور فإن اتفق تاريخ السنين إلا أن بينة الداخل تشهد بنتاج أو بشراء أو غنيمة أو إرث أو هبة من مالك أو قطبعة من الامام أو سبب من أسباب الملك ففي أيهما تقدم روايتان ذكرناهما . وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من الآخر قضى له بها لأن بينة الابتاع شهدت بأمر حادث خفى على البينة الأخرى فقدمت عليها كتقديم بينة الجرح على بينة التعديل .

« مسألة ، قال (ولو كانت الدابة فى أيديهما فأقام أحدهما البينة أنها له وأقام الآخر البينة أنها له نتجت فى ملكه سقطت البيتان وكانا كمن لا بينة لهما وكانت اليمين لكل واحد منهما على صاحبه فى النصف المحكوم له به)

وجملته أنه إذا تنازع رجلان فى عين فى أيديهما فادعى كل واحد منهما أنها ملكه دون صاحبه ولم تكن لهما بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين ، لا نعلم فى هذا خلافا ، لأن يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه ، وإن نكلا جميعا عن اليمين فهو بينهما أيضا ، لأن كل واحد منهما يستحق ما فى يد الآخر بنكوله .

وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعها لأنه يستحق ما فى يده يمينه وما فى يد صاحبه إما بنكوله وإما بيمينه التى ردت عليه عند نكول صاحبه وإن كانت لإحدهما بينة دون الآخر حكم له بها لا نعلم فى هذا خلافا ، وإن أقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضت البيتان وقسمت العين بينهما نصفين ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لما روى أبو موسى رضى الله عنه « أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيع فأقام كل واحد منهما شاهدين ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبيع بينهما نصفين ، رواه أبو داود ، ولأن كل واحد منهما داخل فى نصف العين خارج عن نصفها فتقدم بينة كل واحد منهما فيما فى يده عند من يقدم بينة الداخل وفيما فى يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين

وذكر أبو الخطاب فيها رواية أخرى أنه يقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته حلف أنها لا حق للآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت في يد غيرهما ، والاول أصح للخبر والمعنى .

واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين ، فروى أنه يحلف ، وهذا ذكره الخرقى لأن البيتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب إسقاطها كالتحريين إذا تعارضا وتساويا ، وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به . وهذا أحد قولى الشافعى بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته وكل واحد منهما داخل فى نصفها فيحكم له به ببينته ويحلف معها فى أحد القولين . والرواية الأخرى أن العين تقسم بينهما من غير يمين ، وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، وهو أصح للخبر والمعنى الذى ذكرناه ، ولا يصح قياس هاتين البيتين على التحريين المتساويين لأن كل بينة راجعة فى نصف العين على كل واحد من القولين ، وقد ذكرنا أن البينة الراجعة يحكم بها من غير حاجة الى يمين .

فأما إن شهدت إحدى البيتين بأن العين لهذا وشهدت الأخرى أنها لهذا الآخر تجت فى ملكه فقد ذكرنا فى الترجيح بهذا روايتين : أحدهما لا يرجع به وهو اختيار الخرقى لأنهما تساويا فيما يرجع الى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما فى الحكم

والثانية تقدم بينة النتائج وما فى معناه ، وهو مذهب أبى حنيفة لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب ، والأخرى خفى عليها ذلك فيجتمل أن تكون شهادتهما مستندة الى مجرد اليد والتصرف فتقدم الاولى عليها كتقدم بينة الجرح على التعديل ، وهذا قول القاضى فيما اذا كانت العين فى يد غيرهما .

(فصل) فإن شهدت أحدهما أنها له منذ سنة وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين فظاهر كلام الخرقى التسوية بينهما وهو أحد قولى الشافعى . وقال القاضى قياس المذهب تقديم أقدمهما تاريخا ، وهو قول أبى حنيفة والقول الثانى للشافعى لأن المتقدمة التاريخ أثبت الملك له فى وقت لم تعارضه فيه البينة الأخرى فيثبت

الملك فيه ولهذا له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان ، وتعارضت البيئتان في الملك في الحال فسقطنا وبقي ملك السابق تجب استدامته وأن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهة . ووجه قول الخرقى أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعلم به دون الأول ، ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه له لقدمت بيئته اتفاقاً فإذا لم يرجع بهذا فلا أقل من التساوى

وقولهم إنه يثبت الملك في الزمن الماضي من غير معارضة . قلنا إنما يثبت تبعاً لثبوته في الحال ، ولو انفرد بأن يدعى الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بينته فإن وقت إحداهما وأطلقت الأخرى فهما سواء . ذكره القاضى

وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يحكم به لمن لم يوقت ، وهو قول أبي يوسف ومحمد . ولنا أنه ليس في إحداهما ما يقتضى الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواءهما كما لو أطلقنا أو استوى قاريئهما

(فصل) ولا ترجح إحدى البيئتين بكثرة العدد ولا اشتيار العدالة ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ويتخرج أن ترجح بذلك مأخوذاً من قول الخرقى ويتبع الأعمى أو ثقهما في نفسه . وهذا قول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة لأنها خبر ، ولأن الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به ، وإذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن به أقوى ، وقال الأوزاعى يقسم على عدد الشهود فإذا شهد لأحدهما شاهدان والآخر أربعة قسمت العين بينهما أثلاثاً لأن الشهادة سبب الاستحقاق فيوزع الحق عليهما .

ولنا أن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية ، وتخالف الخبر فإنه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة ، والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقاً بهما دون اعتبار الظن . ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن وإن كثرن ، حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادتهن الذكرين ؟

وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال لأن كل واحدة من البيئتين حجة في المال فإذا اجتمعتا تعارضتا ، فأما إن كان لأحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان :

أحدهما : يتعارضان لأن كل واحد منهما حجة بمفرده فأشبهها الرجلين مع الرجل والمرأتين .

والثاني : يقدم الشاهدان لأنها حجة متفق عليها والشاهد واليمين مختلف فيها ولأن اليمين قوله لنفسه والبيئة الكاملة شهادة الأجانب فيجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر ، وهذا الوجه أصح ان شاء الله ، وللشافعي قولان كالوجهين .

(فصل) وإذا كان في أيديهما دار فادعاهما أحدهما كلمها وادعى الآخر نصفها ولا بيئة لهما فهي بينهما نصفين . نص عليه أحمد وعلى مدعى النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على الآخر ، لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ، ولا نعلم في هذا خلافا إلا أنه حكى عن ابن شبرمة أن لمدعى الكل ثلاثة أرباعها لأن النصف له لا منازع فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه .

ولنا ان يد مدعى النصف على ما يدعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى ، فإن كان لكل واحد منهما بيئة بما يدعيه فقد تعارضت بينتاهما فالنصف لمدعى الكل والآخر ينبنى على الخلاف في أى البينتين تقدم . وظاهر المذهب تقديم بيئة المدعى ، فتكون الدار كلمها لمدعى الكل ، وهو قول أبى خنيفة وصاحبيه ، فإن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها فالنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما في النصف الآخر ، فمن خرجت له القرعة حلف وكان له ، وإن كان لكل واحد بيئة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بيئة لهما . وإن قلنا : تستعمل البينتان أقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين . والثاني : يقسم النصف المختلف فيه بينهما فيصير لمدعى الكل ثلاثة أرباعها .

(فصل)

فإن كانت الدار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الآخر سدسها ، فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم ، وليس هنا اختلاف ولا تنجاح ، فإن ادعى كل واحد منهم ان باقى الدار وديعة او عارية معى وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من المالك بيئة قضى له به لأن بيئته تشهد له بما ادعاه ولا مغارض لها ، وإن لم تكن لواحد منهما بيئة خلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها .

(فصل) فإن ادعى أحدهم جميعها وادعى الآخر نصفها والآخر ثلثها ، فإن لم تكن لواحد منهم بينة قسمت بينهم أثلاثا وعلى كل واحد منهم البين على ما حكم له به لأن يد كل واحد منهم على ثلثها ، وإن كانت لأحدهم بينة نظرت فإن كانت لمدعى الجميع فهي له ، وإن كانت لمدعى النصف أخذه والباقي بين الآخرين نصفين لمدعى الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر على الربع الذي يأخذه جميعه ، فإن كانت البينة لمدعى الثلث أخذه والباقي بين الآخرين لمدعى الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه ، وإن كانت لكل واحد بما يدعيه بينة .

فإن قلنا : تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثا لأن يد كل واحد منهم على الثلث .

وان قلنا : تقدم بينة الخارج فينبغي ان تسقط بينة صاحب الثلث لأنها داخلة ولمدعى النصف السدس لأن بينته خارجة فيه ولمدعى الكل خمسة أسداس لأن له السدس بغير بينة لكونه لا منازع له فيه فإن أحدا لا يدعيه وله الثلثان لكون بينته خارجة عنهما .

وقيل : بل لمدعى الثلث السدس لأن بينة مدعى الكل ومدعى النصف تعارضتا فيه فتساقطتا وبقي لمن هو في يده ولا شيء لمدعى النصف لعدم ذلك فيه ، وسواء كان لمدعى الثلث بينة أو لم تكن ، وإن كانت العين في يد غيرهم واعترف أنه لا يملكها ولا بينة لهم فالنصف لمدعى الكل لأنه ليس منهم من يدعيه ويقرع بينهم في النصف الباقي ، فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو لصاحب النصف حلف وأخذه ، وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين في السدس فمن قرع صاحبه حلف وأخذه .

وان أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه فالنصف لمدعى الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه مدعى الكل ومدعى النصف والثلث يدعيه الثلاثة ، وقد تعارضت البيئات فيه ، فإن قلنا تسقط البيئات أقرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بينة ، وهذا قول أبي عبيد وقول الشافعي إذ كان بالعراق .

وعلى الرواية التي تقول إذا تعارضت البيّنات قسمت العين بين المتداعين ،
 فلدعى الكل النصف ونصف السدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث ، ولدعى
 النصف نصف السدس وثلث الثلث ، ولدعى الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسألة
 من ستة وثلاثين سها ، لدعى الكل النصف ثمانية عشر سها ونصف السدس
 ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سها ، ولصاحب النصف سبعة ولدعى
 الثلث أربعة وهو التسع ، وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلى وابن شبرمة
 وحماة وأبي حنيفة وهو قول للشافعى

وقال أبو ثور : يأخذ مدعى الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين ، ويرى
 هذا عن مالك وهو قول للشافعى .

وقال ابن أبى لبلبى وقوم من أهل العراق : تقسم العين بينهم على حسب عول
 الفرائض ، لصاحب الكل ستة ، ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهران
 فتصح من أحد عشر سها .

وسئل سهل بن عبد الله بن أبى أوس عن ثلاثة ادعوا كيسا وهو بأيديهم
 ولا بينة لهم وحلف كل واحد منهم على ما ادعاه ، ادعى أحدهم جميعه ، وادعى
 آخر ثلثيه ، وادعى آخر نصفه ، فأجاب فيهم بشعر يقول :

نظرت أبا يعقوب فى الحسب التى	طرت فأقامت منهم كل قاعد
فللدعى الثلثين ثلث وللذى	استلاط جميع المال عند التحاشد
من المال نصف غير ما سينوبه	وحصته من نصف ذا المال زائد
وللدعى نصفاً من المال ربعة	ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكأن المسألة عالت من ستة
 إلى ثلاثة عشر ، وذلك أنه أخذ مخرج الكسور وهى ستة فجعلها لدعى الكل ،
 وثلاثها أربعة لدعى الثلثين ونصفها ثلاثة لدعى النصف صارت ثلاثة عشر

(فصل) فان كانت الدار فى أيدي أربعة فادعى أحدهم جميعها والثانى ثلثيها
 والثالث نصفها والرابع ثلثها ولا بينة لهم حلف كل واحد وله ربعها لأنها فى يده
 فالقول قول صاحب اليد مع يمينه ، وان أقام كل واحد منهم بما ادعاه بينة قسمت

بينهم أرباعاً أيضاً لأننا إن قلنا تقدم بيئته الداخل فكل واحد منهم داخل في ربعها فتقدم بيئته فيه .

وإن قلنا تقدم بيئته الخارج فإن الرجلين إذا ادعيا عينا في يد غيرهما فأنكرهما وأقام كل واحد منهما بيئته بدعواه تعارضتا وأقر الشيء في يد من هو في يده . وإن كانت الدار في يد خامس لا يدعيها ولا بيئته لو أحد منهم بما ادعاه فالثلث لمدعى الكل لأن أحداً لا ينازعه فيه ، ويقرعه بينهم في الباقي فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو لمدعى الثلثين أخذه ، وإن وقعت لمدعى النصف أخذه وأقرعه بين الباقيين في الباقي ، وإن وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرعه بين الثلاثة في الثلث الباقي . وهذا قول أبي عبيد والشافعي إذ كان بالعراق . إلا أنهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا لمدعى الكل الثلث ويقرعه بيئته وبين مدعى الثلثين في السدس الزائد عن النصف ثم يقرعه بينهما وبين مدعى النصف في السدس الزائد عن الثلث ثم يقرعه بين الأربعة في الثلث الباقي ويكون الاقراع في ثلاثة مواضع

وعلى الرواية الأخرى الثلث لمدعى الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعى الثلثين ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعى النصف أثلاثاً ثم يقسم الثلث الباقي بين الأربعة أرباعاً

وتصح المسئلة من ستة وثلاثين سهماً لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر . ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة وثلث السدس الزائد عن الثلث سهمان وربع الثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهماً وهي خمسة أضعاف الدار ولمدعى الثلثين ثمانية أسهم تسعان وهي مثل ما لمدعى الكل بعد الثلث الذي انفرد به ولمدعى النصف خمسة أسهم : تسع وربع تسع ولمدعى الثلث ثلاثة نصف السدس ، وعلى قول من قسمها على العول هي من خمسة عشر ، لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان . وعلى قول أبي ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقي حتى يتبين

مسئلة ، قال (ولو كانت الدابة في يد غيرهما واعترف أنه لا يملكها وأنها لأحدهما لا يعرفه عينا قرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه)

وجملته أن الرجلين إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولا بينة لهما فانكرهما فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف نعله، وإن اعترف أنه لا يملكها وقال لا أعرف صاحبها أو قال هي لأحدكما لا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت إليه لما روى أبو هريرة : أن رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهما النبي صلى الله عليه وسلم أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها ، رواه أبو داود ، ولأنهما تساويا في الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوى كما لو أعتق عبيدا لا مال له غيرهم في مرض موته ، وأما إن كانت لأحدهما بينة حكم بها بغير خلاف نعله ، وإن كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب .

إحداهما : تسقط البيئتان ويقترع المدعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة وهذا الذي ذكره القاضي ، وهو ظاهر كلام الخرقي لأنه ذكر القرعة ولم يفرق بين أن تكون معهما بينة أو لم تكن .

وروى هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال إسحاق وأبو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قول الشافعي ، وذلك لما روى ابن المسيب : أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في أمر وجاء كل منهما بشهود عدول على عدة واحدة فأسمهم النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ، رواه الشافعي في مسنده ، ولأن البيئتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لإحداهما على الأخرى فسقطتا كالتحريين والرواية الثانية : تستعمل البيئتان ، وفي كيفية استعمالهما روايتان

إحداهما : تقسم العين بينهما ، وهو قول الحارث العكلي وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وقول الشافعي ، لما روى أبو موسى : أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعير وأقام كل واحد منهما البينة أنه له ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم به بينهما نصفين ، ولأنهما تساويا في دعواه فيتساويان في قسمته .

والرواية الثانية : تقدم إحداهما بالقرعة وهو قول الشافعي ، وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبين ، وهو قول أبي ثور لأنه اشتبه الأمر فوجب التوقف كالحاكم إذا لم يتضح له الحكم في قضيته .

ولنا الخبران وأن تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالتحيرين ، بل إذا
تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا الى دليل غيرهما .

إذا ثبت هذا فإننا إذا قلنا إن البينتين تسقطان أقرع بينهما فمن خرجت له قرعته
حلف وأخذها كما لو لم تكن لهما بيعة ، وإن قلنا يعمل بالبينتين ويقرع بينهما
فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين ، وهذا قول الشافعي لأن البيعة
تغني عن اليمين .

وقال أبو الخطاب عليه اليمين مع البيعة ترجيحاً لها ، وعلى هذا القول تكون
هذه الرواية كالأولى في هذا الحكم ، وإنما يظهر الفرق بينهما في شيء آخر سنذكره
إن شاء الله تعالى .

(فصل) فإن أنكرهما من العين في يده وكانت لأحدهما بيعة حكم له بها .
وإن أقام كل واحد منهما بيعة فإن قلنا تستعمل البيعتان أخذت العين من يده
وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة ، أو تدفع الى من تخرج له القرعة على قول
من يرى ذلك ، وإن قلنا تسقط البيعتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم
تكن لهما بيعة ، وإن أقر بها بعد ذلك لهما أو لأحدهما قبل إقراره ، وإن أقر بها
في الابتداء لأحدهما صار المقر له صاحب اليد ، لأن من هي في يده مقر بأن يده
ناتبة عن يده ، وإن أقر لهما جميعاً فاليد لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر
له به لذلك .

(فصل) وإن تداعيا عينا في يد غيرهما فقال هي لأحدكما لا أعرفه عينا ، أو
قال لا أعرف صاحبها فهو أحدكما أو غيركما ، أو قال أودعنيها أحدكما أو رجل لا
أعرفه عينا ، فادعى كل واحد منهما أنك تعلم أني صاحبها أو أني الذي أودعتكها أو
طلبت يمينه لزمه أن يحلف له لانه لو أقر له لزمه تسليمها إليه ، ومن لزمه الحق
مع الإقرار لزمته ان يمين مع الإنكار ويحلف على ما ادعاه من نفي العلم ، وإن صدقاه
فلا يمين عليه ، وإن صدقه أحدهما حلف للآخر وإن أقر بها لواحد منهما أو غيرها
صار المقر له صاحب اليد .

فإن قال غير المقر له أحلف لي أن العين ليست ملكي أو أني لست الذي أودعتكها
لزمه ان يمين على ما ادعاه من ذلك لما ذكرنا ، وإن نكل عن اليمين قضى عليه بقيمتها

وان اعترف بها لهما كان الحكم فيها كالمو كانت في أيديهما ابتداء وعليه اليمين لكل واحد منهما في النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به .

(فصل) واذا كان في يد رجل دار فادعاهما نفسان قال أحدهما آجرتكما وقال الآخر هي داري أعرتكما ، أو قال هي داري ورثتها من أبي أو قال هي داري ولم يذكر شيئا آخر فأنكرهما صاحب اليد وقال هي داري فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها ، وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى إلا على الرواية التي تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب ، فإن بينة من ادعى أنه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب وإن أقام أحدهما بينة أنه غصبها منه وأقام الآخر بينة أنه أقر له بها فهي للمغصوب منه ولا تعارض بينهما ، لأن الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا وأقر بها غيره وإقرار الغاصب باطل ، وهذا مذهب الشافعي ، فتدفع إلى المغصوب منه ولا يغرم للمقر له شيئا ، لأنه ما حال بينه وبينها ، وإنما حالت البينة بينهما .

ولو أقر بها لأحدهما أو أقر أنه غصبها من غيره لزمه تسليمها إلى من أقر له بها أولا ولزمه غرامتها للآخر لأنه حال بينه وبينها بإقراره الأول

(فصل)

نقل ابن منصور عن أحمد في رجل أخذ من رجلين ثوبين أحدهما بعشرة والآخر بعشرين ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا ، فادعى أحدهما ثوبا من هذين الثوبين ، يعني وادعاه الآخر ، يقرع بينهما فأيهما أصابته القرعة حلف - وكان الثوب الجيد له والآخر للآخر ، وإنما قال ذلك لأنهما تنازعا عينا في يد غيرهما .

(فصل) إذا تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لي اشتريتها من زيد بمائة ونقدته إياها ولا بينة لواحد منهما ، فإن أنكرهما زيد حلف - وكانت العين له ، وإن أقر بها لأحدهما سلمها إليه وحلف - للآخر ، وإن أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف - لكل واحد منهما على نصفها ، وإن قال لا أعلم لمن هي منكما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف - وأخذها ، وإن حلف البائع أنها له ثم أقر بها لأحدهما سلمت إليه ، ثم إن أقر بها للآخر لزمته غرامتها له .

وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينه نظرنا فإن كانت البيئتان مؤرختين بتاريخين مختلفين ، مثل أن يدعى أحدهما أنه اشتراها في المحرم وادعى الآخر أنه اشتراها في صفر وشهدت بينه كل واحد منهما الآخر بدعواه فهي الأولى لأنه ثبت أنه باعها للأول فزال ملكه عنها فيكون بيعه في صفر باطلا لكونه باع ما لا يملكه ويطالب برد الثمن .

وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين ، أو أحدهما مطلقة والآخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع ، فينظر في العين فإن كانت في يد أحدهما انبنى ذلك على الخلاف في بينه الداخل والخارج فمن قدم بينه الداخل جعلها لمن هي في يده ومن قدم بينه الخارج جعلها للخارج ، وإن كانت في يد البائع وقلنا تسقط البيئتان رجع إلى البائع فإن أنكرهما حلف لهما وكانت له ، وإن أقر لأحدهما سلمت إليه وحلف للآخر ، وإن أقر لهما فهي بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفهما كما لو لم تكن لهما بينه .

وإن قلنا لا تسقط البيئتان لم يلتفت إلى إنكاره ولا اعترافه ، وهذا قول القاضى وأكثر أصحاب الشافعى لأنه قد ثبت زوال ملكه وأن يده لا حكم لها فلا حكم لقوله ، فمن قال يقرع بينهما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه ، وهذا قول القاضى لم يذكر شيئا سوى هذا ، ومن قال تقسم بينهما قسمت ، وهذا ذكره أبو الخطاب

وقد نص عليه أحمد في روايته الكوسج في رجل أقام البيئه أنه اشترى سلعة بمائه وأقام الآخر بينه أنه اشتراها بمائتين فكل واحد منهما يستحق النصف — من السلعة بنصف — الثمن فيكونان شريكين .

وحمل القاضى هذه الرواية على أن العين في أيديهما أو على أن البائع أقر لهما جميعا ، وإطلاق الرواية يدل على صحة قول أبي الخطاب

فعلى هذا أن كان المبيع مما لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه فلكل واحد منهما الخيار لأن الصفقة تبعضت عليه ، فإن اختارا الإمساك رجع كل واحد منهما بنصف — الثمن ، وإن اختارا الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن ، وإن اختار أحدهما الفسخ توفرت السلعة كلها على الآخر إلا أن يكون الحاكم قد حكم

له بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر إليه . وهذا قول الشافعي في كل مبيع .

(فصل) فان ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة وهي ملكه وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهي ملكه وأقام كل واحد منهما بدعواه بينة فهذه تشبه التي قبلها في المعنى ، فان كانت في يد أحد المشتريين انبنى ذلك على الروايتين في تقديم بينة الداخل والخارج وإن كانت في يديهما قسمت بينهما لأن بينة كل واحد منهما داخلة في أحد النصفين خارجة في النصف الآخر ، وإن كانت في يد أحد البائعين فأنكرهما وادعاهما لنفسه . فإن قلنا تسقط البيتان حلف وكانت له وإن أقر بها لأحدهما صار الداخل إلا أن يقر له بعد أن يحلف أنها له ، وإن قلنا تقدم إحداهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه ، وإن قلنا تقسم بينهما قسمت ورجع كل واحد منهما بنصف ثمنها وإن كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد أو كان المشتري مقراً بقبضه فلا خيار لواحد منهما ولا رجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع ، وإن كان من المكيل والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والامضاء فان اختار أحدهما للفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر لأن البائع اثنان بخلاف التي قبلها .

(فصل)

ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه وأقام بذلك بينة فالحكم في هذه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنني اشتريتها منه على ماضى من التفصيل فيه وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو إحداهما تعارضتا ، وإن قدم تاريخ إحداهما فهل ترجع بذلك على وجهين . فاما ان شهدت البينة أنه أقر بغصبها من كل واحد منهما لزمه دفعها الى الذي أقر له بها أولا ويغرم قيمتها للآخر .

(فصل) فان ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بألفي وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما ، مثل ان يقول كل واحد منهما اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فهما متعارضتان ، فان قلنا تسقطان رجع الى قول المدعى عليه فان

أنكرهما حلف لها ويرى. وإن أقر لأحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر، وإن أقر لها معا فعليه لكل واحد منها الثمن لأنه يحتمل أن يشتريها من أحدهما ثم يهبها للآخر ويشتريها منه. وإن قال اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله أن يحلفه على الباقي وإن قلنا يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة وجب له الثمن ويحلف للآخر ويرأ وإن قلنا تقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقي، فإن كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة والآخرى مؤرخة ثبت العقدان ولزمه الثمنان لأنه يمكن أن يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه، وإذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما، فإن قيل فلم قائم إنه إذا كان البائع واحداً والمشتري اثنين فأقام أحدهما بيته أنه اشتراها في المحرم وأقام الآخر بيته أنه اشتراها في صفر يكون الشراء الثاني باطلاً؟ قلنا لأنه إذا ثبت الملك للأول لم يبطله بأن يبيعه الثاني ثانياً، وفي مسألتنا ثبت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملكه لأنه لا يجوز أن يشتري ثانياً ملك نفسه ويجوز أن يبيع البائع ما ليس له فافترقا.

فإن قيل: فإذا كانت البيئتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة احتمل أن يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان والأصل برامة ذمة المشهود عليه ولا تشتغل بالشك قلنا إنه متى أمكن صدق البينتين وجب تصديقهما ولم يكن ثم شك وإنما يبقى الوهم والوهم لا تبطل به البينة لأنها لو بطلت به لم يثبت بها حق أصلاً لأنه ما من بينة إلا ويحتمل أن تكون كاذبة أو غير عادلة أو متهمه أو معارضة، ولم يلتفت إلى هذا الوهم كذا هنا.

(فصل) وإذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه، وشهد آخران لآخر أن هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ويكون الارث بينهما لأنه يجوز أن تعلم كل بيعة ما لم تعلمه الأخرى.

(فصل) وإذا ادعى رجل عبداً في يد آخر أنه اشتراه منه وادعى العبد أن سيده أعتقه ولا بيعة لهما فأنكرهما حلف لهما والعبد له وإن أقر لأحدهما ثبت ما أقر له به ويحلف للآخر؛ وإن أقام أحدهما بيته بما ادعاه ثبت، وإن أقام كل

واحد منهما بينة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الأولى وبطلت الأخرى لأنه إن سبق العتق لم يصح البيع ، لأن بيع الحر لا يصح ، وإن سبق البيع لم يصح العتق لأنه أعتق عبد غيره .

فإن قيل يحتمل أنه عاد إلى ملكه فأعتقه ، قلنا قد ثبت الملك للبائع فلا يبطله عتق البائع ، وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة تعارضتا لأنه لا ترجيح لإحداهما على الأخرى ، فإن كان في يد المشتري انبنى ذلك على الخلاف في تقديم بينة الداخل والخارج ، فإن قدمنا بينة الداخل فهو للمشتري وإن قدمنا بينة الخارج قدم العتق لأنه خارج ، وإن كان في يد البائع وقلنا إن البينتين تسقطان بالتعارض صاراً كمن لا بينة لهما ويرجع إلى السيد : فإن أنكرهما حلف لهما ، وإن أقر بالاعتق ثبت ولم يحلف العبد لأنه لو أقر بأنه ما أعتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة في إحلافه ويحلف البائع للمشتري ، وإن أقر للمشتري ثبت الملك ولم يحلف العبد ، لأنه لو أقر له أنه كان أعتقه لم يلزمه غرم فلا فائدة في إحلافه وإن قلنا يستعملان فاعترف لأحدهما لم يرجح باعترافيه لأن ملكه قد زال ، فإن قلنا ترجح إحدى البينتين بالقرعة أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه .

قال أبو بكر : هذا قياس قول أبي عبد الله فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة في أحد الوجهين ، وإن قلنا يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعاً ونصفه حراً ويسرى العتق إلى جميعه إن كان البائع موسراً لأن البينة قامت عليه بأنه أعتقه مختاراً وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتهما .

(فصل) إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل إقرارها لأنها أقرت على نفسها وهي غير متهمة ، فإنها لو أردت ابتداء النكاح لم تمنع منه ، وإن ادعاهما اثنتان فأقرت لأحدهما لم يقبل منها لأن الآخر يدعى ملك نصفها وهي معترفة أن ذلك قد ملك عليها فصار إقرارها بحق غيرها ولأنها متهمة فإنها لو أرادت ابتداء تزويج أحد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر ، فإن قيل فلو تداعيا في يد ثالث فأقر لأحدهما قبل . قلنا لا يثبت الملك بإقراره في العين وإنما يجعله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الإقرار به

ههنا، فإن كان لأحد المتداعين بينة حكم له بها لأن البينة حجة في النكاح وغيره، وإن أقام بينتين، تعارضتا وسقطتا وحيل بينهما وبينها ولا يرجع أحد المتداعين بإقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها في بيته ويده، لأن اليد لا تثبت على حرة ولا سبيل إلى القسمة ههنا ولا إلى القرعة لأنه لا بد مع القرعة من البين ولا مدخل لها في النكاح .

(فصل) إذا قال السيد لعبده إن قتلت فأنت حر ثم مات فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم لأن الأصل عدم القتل، فإن أقام بينة بدعواه عتق، وإن أقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد في أحد الوجهين لأنها تشهد بزيادة وهي القتل .

والثاني تعارضان لأن إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى فيبقى على الرق، وإن قال إن مت في رمضان فعبدى سالم حر، وإن مت في شوال فعبدى غانم حر ثم مات فادعى كل واحد منهما موته في الشهر الذي يعتق بموته فيه وأنكرهما الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم، وإن أقروا لأحدهما عتق بإقرارهم، وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : تقدم بينة سالم لأن معها زيادة علم فانها أثبتت ما يجوز أن يخفى على البينة الأخرى وهو موته في رمضان .

والثاني : يتعارضان ويبقى العبدان على الرق لأنها سقطا فصارا كمن لا بينة لهما .

والثالث : يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة، وإن قال إن برئت من مرضى هذا فسالم حر وإن مت منه فغانم حر فمات وادعى كل واحد منهما بموجب عتقه أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق لأنه لا يخلو من أن يكون برىء أو لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة، كما لو أعتق أحدهما فأشكل علينا، ويحتمل أن يقدم قول غانم لأن الأصل عدم البرء، وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا يتعارضان ويبقى العبدان على الرق، وهذا مذهب الشافعي لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى وتثبت زيادة تنفيها الأخرى، ولا يصح هذا القول لأن التعارض أثره في إسقاط البينتين ولو لم

يكونا أصلاً لعق أحدهما فكذلك إذا سقطتا ، وذلك لأنه لا يخلو من إحدى الحاليتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده ، كما لو قال إن كان هذا الطائر غراباً فسالم حر وإن لم يكن غراباً فغانم حر ولم يعلم حاله ولكن يحتمل وجهين . أحدهما : أن يقرع بينهما كما في مسألة الطائر ، لأن البينتين إذا تعارضتا قدمت إحداها بالقرعة في رواية .

والثاني تقدم بيته سالم لأنها شهدت بزيادة وهي البرء ، وإن أقر الورثة لأحدهم عتق بإقرارهم ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا إلا أن يشهد إثنان عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة ويعتق وحده إذا لم تكن الآخر بيته .

فصل

وإذا ادعى سالم أن سيده أعتقه في مرض موته وادعى عبده الآخر غانم أنه أعتقه في مرض موته وكل واحد منهما ثلث ماله . فأقام كل واحد منهما بدعواه بيته فلا تعارض بينهما ، لأن ما شهدت به كل بيته لا يفي ما شهدت به الأخرى ولا تكذب أحدهما الأخرى فيثبت اعتاقه لهما ، ثم ينظر فإن كانت البيتان مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الأول منهما ورق الثاني إلا أن يحيز الورثة ، لأن المريض إذا تبرع بتبرعات يعجز ثلثه عن جميعها قدم الأول فالأول ، وإن اتفق تاريخهما أو أطلقتا أو أحدهما فهما سواء لأنه لا مزية لإحدهما على الأخرى فيستويان ويقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر ، إلا أن يحيز الورثة ، لأنه لا يخلو إما أن يكون أعتقهما معاً ويقرع بينهما كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في العبيد الستة الذين أعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن له مال غيرهم ؛ أو يكون أعتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعة كما في مسألة الطائر . وقيل يعتق من كل واحد نصفه ، وهو قول للشافعي لأنه أقرب إلى التعديل بينهما ، فإن في القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق للرق ، وفي القسمة لا يخلو المستحق للعتق من حريته ولا المستحق للرق من رق ، ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين إذا تعارضت به بيتان ، والأول المذهب لأنه لا يخلو من شبهة بإحدى الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعة ثابتة في كل واحدة منهما .

وقولهم : إن في القرعة احتمال إرقاق نصف الحر ، قلنا : وفي القسمة إرقاق نصف الحر يقينا وتحرير نصف الرقيق يقينا وهو أعظم ضرراً ، وإن كانت قيمة أحدهما الثلث وقيمة الآخر دون الثلث فكان الأول أو الذي خرجت قرعته الثلث عتق ورق الآخر ، وإن كان هو الناقص عن الثلث عتق وعتق من الآخر تمام الثلث ، وإن كان لأحدهما بينة ولا بينة للآخر أو بينته فاسقة عتق صاحب البينة العادلة ورق الآخر ، وإن كان لكل واحد منهما بينة عادله إلا أن أحدهما تشهد أنه أعتق سالماً في مرضه والآخرى تشهد بأنه وصى بعتق غانم وكان سالم ثلث المال عتق وحده ووقف عتق غانم على اجازة الورثة ؛ لأن الثبرع يقدم على الوصية ، وإن كان سالم أقل من الثلث عتق من غانم تمام الثلث .

وإن شهدت أحدهما أنه وصى بعتق سالم وشهدت الأخرى أنه وصى بعتق غانم فهما سواء ويقرع بينهما ، سواء اتفق تاريخهما أو اختلف — لأن الوصية يستوى فيها المتقدم والمتأخر .

وقال أبو بكر وابن أبي موسى : يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعه ، لأن القرعه إنما تجب إذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً ولا كذلك ههنا فيجب أن تقسم الوصية بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته ، كما لو وصى لاثنتين بال ، والأول قياس المذهب ، لأن الاعتاق بعد الموت كالاعتاق في مرض الموت ، وقد ثبت في الاعتاق في مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين — كذلك بعد الموت ، ولأن المعنى المقتضى لتكميل العتق في أحدهما في الحياة موجود بعد الممات فيثبت .

فأما إن صرح فقال إذا مت فنصف كل واحد من سالم وغانم حر ، أو كان في لفظه ما يقتضيه أو دلت عليه قرينة ثبت ما اقتضاه .

(فصل)

فإن خلف المريض ابنين لا وارث له سواه ما فشهدا أنه أعتق سالماً في مرض موته ، وشهد أجنبيان أنه أعتق غانماً في مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يطمعن الإبنان في شهادتهما وكانت البيعتان عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانا

أجنبيين سواء ، لانه قد ثبت أن الميت أعتق العبدین ، فإن طعن الاثنان في شهادة الأجنبيين وقالوا ما أعتق غانمًا في مرض موته وكل واحد ثلث ماله انما أعتق سالما لم يقبل قولهما في رد شهادة الأجنبية لانها بينة عادلة مثبتة والاخرى نافية ، وقول المثبت يقدم على قول النافي ويكون حكم ما شهدت به حكم ما اذا لم يطعن الورثة في شهادتهما في أنه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة ، ويرق اذا تأخر تاريخه أو خرجت القرعة لغيره ، وأما الذي شهد به الابنَان فيعتق كله لاقرارهما بإعتاقه وحده واستحقاقه للحريه ، وهذا قول القاضي .

وقيل يعتق ثلثاه ان حكم يعتق سالم وهو ثلث الباقي ، لان العبد الذي شهد به الأجنبيان كالمغصوب من التركة وكالذاهب من التركة بموت أو تلف — فيعتق ثلث الباقي وهو ثلثا غانم ، والاول أصح لأن المعتبر خروجه من الثلث حال الموت ، وحال الموت في قول الابنين لم يعتق سالم انما عتق بالشهادة بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته ، فإن كان الابنان فاسقين ولم يردا شهادة الأجنبية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الابنان لفسقهما لان شهادة الفاسق كعدمها فلا يقبل قولهما في إسقاط حق ثبت بينه عادله ، وقد أقر الابنَان يعتق غانم فينظر فإن تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فخرجت القرعة له عتق كله كما قلنا في التي قبلها ، وان تأخر تاريخ عتقه أو خرجت القرعة لغيره لم يعتق منه شيء لان الابنين لو كانا عدلين لم يعتق منه شيء فاذا كانا فاسقين أولى .

وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي : يعتق نصفه في الاحوال كلها ، لأنه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالبينه العادله فصار بالنسبه كأنه أعتق العبدین فيعتق منه نصفه ؛ وهذا لا يصح فانه لو أعتق العبدین لا اعتقنا أحدهما بالقرعة لانه في حال تقدم تاريخ عتق من شهدت له البينه لا يعتق منه شيء ولو كانت بينته عادلة فمع فسوقها أولى ، وان كذبت الورثة الأجنبية فقالت ما أعتق غانمًا انما أعتق سالما عتق العبدان ، وقيل يعتق من سالم ثلثاه والاول أولى (فصل) فإن شهد عدلان أجنبيان أنه وصى بعق سالم وشهد عدلان

وارثان أنه رجع عن الوصية بعق سالم ووصى بعق غانم وقيمتها سواء، أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية سالم لأنهما لا يجران إلى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنها ضررا .

فإن قيل فهما يشبان لأنفسهما ولأهلهما ، قلنا وهما يسقطان ولأهلهما وعلى أن الولاء إثبات سبب الميراث . وهذا لا يمنع قبول الشهادة بدليل مالم يشهدا بعق غانم من غير معارض ثبت عتقه ولهما ولاؤه ولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما قبلت شهادتهما مع ثبوت سبب الإرث لهما ، وتقبل شهادة المرأة لأخيه بالمال وإن جاز أن يرثه فإن كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما إقرارهما لغانم فيعتق سالم بالبينة العادلة ويعتق غانم بإقرار الورثة بالوصية باعتاقه وحده . وذكر القاضي وأصحاب الشافعي : أنه إنما يعتق ثلثاه لأنه لما أعتق سالم بشهادة الأجنيبين صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة .

ولنا أن الوارثة تقر بأنه حين الموت ثلث التركة وإن عتق سالم إنما كان بشهادتهما بعد الموت فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه . وقد ذكر القاضي فيما إذا شهدت بينة عادلة باعتاق سالم في مرضه ووارثة فاسقة باعتاق غانم في مرضه وأنه لم يعتق سالما أن غانما يعتق كله وهذا مثله

فأما إن كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فالوارثة متممة لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته فترد شهادتهما في الرجوع كما ترد شهادتهما بالرجوع عن الوصية ويعتق سالم وغانم كله أو ثلثاه وهو ثلث الباقي على ما ذكرنا من الاختلاف فيما إذا كانت فاسقة وإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعق غانم وهي بينة عادلة ثبتت الوصيتان سواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة فيعتقا إن خرجا من الثلث وإن لم يخرججا من الثلث أفرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الآخر ، سواء تقدمت إحدى الوصيتين على الأخرى أو استوتا لأن المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء

(فصل) ولو شهدت بينة عادلة أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهدت بينة أخرى

أنه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمر وثلث ماله وشهدت بيعة ثالثة أنه رجع عن الوصية لعمر ووصى ليكر بثلث ماله صحت الشهادات كلها وكانت الوصية ليكر سواء كانت البيعتان من الورثة أو لم تكن لأنه لا تهمة في حقهم ، وإن كانت شهادة البيعة الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة شيئا لأنه قد ثبت بالبيعة الثانية أنه رجع عن وصية زيد وهي إحدى الوصيتين ، فعلى هذا تثبت الوصية لعمر .

وإن كانت البيعة الثانية شهدت بالوصية لعمر ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا بعينها فقال القاضي : لا تصح الشهادة ، وهذا مذهب الشافعي لأنهما لم يعينا المشهود عليه ويصير كما لو قالنا نشهد أن هذا على أحد هذين ألفا ، وإن لا أحد هذين على هذا ألفا ويكون الثلث بين الجميع أثلاثا .

وقال أبو بكر : قياس قول أبي عبد الله أنه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرع بينهما فمن خرجت له قرعة الرجوع عن وصيته بطلت وصيته ، وهذا قول ابن أبي موسى ، وإذا صح الرجوع عن إحداها بغير تعيين صحت الشهادة به كذلك ، ووجه ذلك أن الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين المرجوع عن وصيته

فصل

وإن شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهد واحد أنه وصى لعمر وثلث ماله اتين هذا على أن الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين أو لا ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يعارضهما فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثلث بينهما لأن الشاهد واليمين حجة في المال فأشبه الشاهدين .

والثاني : لا يعارضهما لأن الشاهدين أقوى فيرجحان على الشاهد واليمين ، فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث وتقف وصية عمرو على إجازة الورثة ، فأما إن شهد واحد أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمر وثلثه فلا تعارض بينهما ويحلف

عمرو مع شاهده وثبت الوصية لعمرو ، والفرق بين المسألتين أن في الأولى تقابلت البيئتان فقدما أقواهما ، وفي الثانية لم يتقابلا وإنما يثبت الرجوع وهو يثبت بالشاهد واليمين لأن المقصود به المال ، وهذا مذهب الشافعي والله أعلم .

« مسألة ، قال (ولو كان في يده دار فادعاه رجل فأقر بها لغيره فإن كان المقر له بها حاضراً جعل الخصم فيها وإن كان غائبا وكانت للمدعى بينة حكم بها للمدعى بينته وكان الغائب على خصومته متى حضر)

وجملته أن الانسان اذا ادعى داراً في يد غيره فقال الذي هي في يده ليست لي إنما هي لفلان . وكان المقر له بها حاضراً سئل عن ذلك فان صدقه صار الخصم فيها وكان صاحب اليد لان من هي في يده اعترف بأن يده نائمة عن يده ، واقرار الانسان بما في يده اقرار صحيح فيصير خصماً للمدعى ، فان كانت للمدعى بينة حكم له بها وإن لم تكن له بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه .

وان قال المدعى احلفوا لي المقر الذي كانت العين في يده أنه لا يعلم أنها لي فعليه اليمين ؛ لأنه لو أقر له بها بعد اعترافه لزمه الغرم ، كما لو قال هذه العين لزيد ثم قال هي لعمرو فانها تدفع الى زيد ويدفع قيمتها لعمرو ، ومن لزمه الغرم مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ؛ فان رد المقر له الاقرار وقال ليست لي وإنما هي للمدعى حكم له بها ، وإن لم يقل هي المدعى ولكن قال ليست لي فان كانت للمدعى بينة حكم له بها ، وإن لم تكن له بينة ففيه وجهان .

أحدهما : تدفع الى المدعى لأنه يدعيها ولا منازع له فيها ، ولأن من هي في يده لو ادعاها ثم نكل قضينا بها للمدعى فمع عدم ادعائه لها أولى .

والثاني : لا تدفع اليه لأنه لم يثبت لها مستحق لان المدعى لا يد له ولا بينة وصاحب اليد معترف أنها ليست له فيأخذها الامام فيحفظها لصاحبها ، وهذا الوجه الثاني ذكره القاضي ، والاول أولى لما ذكرنا من دليله ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث أن المدعى يحلف أنها له وتسلم اليه ويتخرج لنا مثله بناء على القول برد اليمين اذا نكل المدعى عليه .

وان قال المقر له هي لثالث انتقل الخصوم اليه وصار بمنزلة صاحب اليد

لأنه أقر له بها من اليد له حكماً ، وأما إن أقر بها المدعى عليه لمجهول قيل له ليس هذا بجواب ، فإن أقررت بها لمعروف وإلا جعلناك ناكلاً وقضينا عليك ، فإن أصر قضى عليه بالنكول وإن أقر بها لغائب أو لغير مكاف معين كالصبي والمجنون صارت الدعوى عليه ، فإن لم تكن للدعى بينة لم يقض له بها لأن الحاضر يعترف أنها ليست له ، ولا يقضى على الغائب بمجرد الدعوى ، ويقف الأمر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكاف — مكافاً فتكون الخصومة معه .

فإن قال المدعى إحلّفوا لي المدعى عليه أحلفناه لما تقدم ، وإن أقر بها للدعى لم تسلم إليه لأنه اعترف أنها لغيره ويلزمه أن يغرم له قيمتها لأنه فوتها عليه بإقراره بها لغيره ، وإن كان مع المدعى بينة سمعها الحاكم وقضى بها وكان الغائب على خصومته متى حضر له أن يقدح في بينة المدعى وأن يقيم بينة تشهد بانتقال الملك إليه من المدعى ، وإن أقام بينة أنها ملكه فهل يقضى بها ؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل والخارج .

فإن قلنا تقدم بينة الخارج فأقام الغائب بينة تشهد له بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك فهل تسمع بينته ويقضى بها ؟ على وجهين ، وإن كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها لأن البينة للغائب والغائب لم يدعها هو ولا وكيله . وإنما سمعها الحاكم لما فيها من الفائدة وهو زوال التهمة عن الحاضر وسقوط اليمين عنه إذا ادعى عليه أنك تعلم أنها لي ويتخرج أن يقضى بها إذا قلنا بتقديم بينة الداخل ، وإن للودع الخاصة في الوديعة إذا غصبت ، ولأنها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعى إذا لم تعارضها بينة أخرى ، فإن ادعى من هي في يده أنها معه بإجارة أو عارية وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين . أحدهما : أن ثبوت الإجارة والعارية يترتب على الملك للوَجَر بهذه البينة فلا تثبت الإجارة المترتبة عليها .

والثاني أن بينة الخارج مقدمه على بينة الداخل ويخرج القضاء بها على تقديم بينة الداخل ، وكون الحاضر له فيها حق فإنه يقضى بها وجهاً واحداً ، ومتى عاد المقر بها لغيره وادعاه لنفسه لم تسمع دعواه لأنه أقر بأنه لا يملكها فلا يسمع منه الرجوع عن إقراره والحكم في غير المكاف — كالحكم في الغائب على ما ذكرنا .

(فصل) وإذا طلب المدعى أن يكتب له محضراً بما جرى لزمنه إجابته فيكتب له محضراً حضر القاضى فلان بن فلان الفلانى قاضى عبد الله الإمام فلان ابن فلان الفلانى أو خليفة القاضى فلان بن فلان إن كان نائباً ، فلان بن فلان الفلانى وأحضر معه فلان بن فلان الفلانى فادعى داراً فى يديه ويعينها ويذكر حدودها وصفها فاعترف بها المدعى عليه لفلان بن فلان الفلانى ، وهو حيثنف غائب عن بلد القاضى ، فأقام المدعى بينة وهى فلان بن فلان الفلانى وفلان بن فلان الفلانى فشهدا عنده المدعى بما ادعاه وعرف الحاكم عدالتهما بما يسوع معه قبول شهادتهما ، أو شهد عنده بعدالتهما فلان وفلان فقبل شهادتهما ف قضى بها على الغائب جعل كل ذى حجة على حجته ، فإن كان الغائب قد قدم ولم يأت بحجة زاد وقدم الغائب المقر له بها فلان ولم يأت بحجة تدفع المدعى عن دعواه ، وإن أقام عند حضوره بينة زاد وأقام بينة وكانت بينة المدعى مقدمة على بينته لأنها بينة خارج .

(فصل) وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخلفه وأخاه غائباً ولا وارث له سواهما وترك داراً فى يد هذا الرجل فأنكر صاحب اليد فأقام المدعى بينة بما ادعاه ثبتت الدار للميت وانتزعت الدار من يد المنكر ودفع نصفها الى المدعى وجعل النصف الآخر فى يد أمين للغائب يكريه له ، وكذلك إن كان المدعى مما ينقل ويحول ، وبهذا قال الشافعى

وقال أبو حنيفة : ان كان مما ينقل ولا يحول أو مما يحفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه لأن الغائب لم يدعه هو ولا وكيله فلم ينزع من يد من هو فى يده ، كما لو ادعى أحد الشريكين داراً مشتركة بينه وبين أجنبي فانه يسلم الى المدعى نصيبه ولا ينزع نصيب الغائب . كذا ههنا

وانما أنها تركه ميت ثبتت بينة فوجب أن ينزع نصيب الغائب كالمقول وكما لو كان أخوه صغيراً أو مجنوناً ، ولأن فيما قاله ضرراً لانه قد يتعذر على الغائب إقامة البينة وقد يموت الشاهدان أو يغيبا أو تزول عنهما عدالتهما ويعزل الحاكم فيضيع حقه فوجب أن يحفظ بانتزاعه كالمقول وبفارق الشريك الاجنبى اجمالاً وتفصيلاً .

أما الإجمال : فإن المنقول ينتزع نصيب شريكه في الميراث ولا ينتزع نصيب شريكه الأجنبي، وأما التفصيل فإن البينة ثبت بها الحق للبيت بدليل أنه يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه، ولأن الاخ يشاركه فيما أخذه إذا تعذر عليه أخذ الباقي فأما ان كان دينا في ذمة إنسان فهل يقبض الحاكم نصيب الغائب ؟ فيه وجهان .
أحدهما : يقبضه كما يقبض العين .

والثاني : لا يقبضه لأنه إذا كان في ذمة من هو عليه كان أحوط من ان يكون أمانة في يد الأمين لأنه لا يؤمن عليه التلف اذا قبضه ، والاول أولى لأنه في الذمة أيضا يعرض للتلف بالفلس والموت وعزل الحاكم وتعذر البينة .

إذا ثبت هذا فإننا اذا دفعنا الى الحاضر نصف الدار أو الدين لم نطالبه بضمين لأننا دفعناه بقول الشهود والمطالبة بالضمين طعن عليهم ، قال أصحابنا سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ، ويحتمل ان لا تقبل شهادتهما في نفي وارث آخر حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقدمة ، لأن من ليس من أهل المعرفة ليس جهله بالوارث دليلا على عدمه ولا يكتفى به ، وهذا قول الشافعي ، فعلى هذا تكون الدار موقوفة ولا يسلم الى الحاضر نصفها حتى يسأل الحاكم ويكشف عن المواضع التي كان يطوفها ويأمر مناديا ينادى ان فلانا مات .
فان كان له وارث فليات ، فإذا غلب على ظنه أنه لو كان له وارث لظهر دفع الى الحاضر نصيبه ، وهل يطلب منه ضمينا ؟ يحتمل وجهين ، وهكذا الحكم اذا كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة ، ولكن لم يقولوا ولا نعلم له وارثا سواء ، فإن كان مع الابن ذو فرض فعلى ظاهر المذهب يعطى فرضه كاملا ، وعلى هذا التخريج يعطى اليقين ، فان كانت له زوجة أعطيت ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة وان كانت له جدة ولم يثبت موت أمه لم تعط شيئا ، وان ثبت موتها أعطيت ثلث السدس لجواز ان يكون له ثلاث جدات ولا تعطى العصبية شيئا .

فان كان الوارث أخا لم يعط شيئا لجواز ان يكون للبيت وارث يحجبه ، وان كان معه أم أعطيت السدس عائلا والمرأة ربع الثمن عائلا والزوج الربع عائلا لأنه اليقين ، فان المسألة قد تعول مع وجود الزوج مثل ان يخلف أبوين وابنين وزوجا فاذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه وكل لذوى الفروض فروضهم .

(فصل) وإذا اختلف في دار في يد أحدهما فأقام المدعى بينة أن هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر، فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها؟ على وجهين أحدهما : تسمع ويحكم بها لأنها تثبت الملك في الماضي ، وإذا ثبت استديم حتى يعلم زواله .

والثاني : لا تسمع ، قال القاضي هو الصحيح لأن الدعوى لا تسمع ما لم يدع المدعى الملك في الحال فلا تسمع بينة على ما لم يدعه ، لكن ان انضم الى شهادتهما بيان سبب يد الثاني وتعريف تعديها فقالا نشهد أنها كانت ملكه أمس فقبضها هذا منه أو سرقها أو ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك سمعت وقضى بها ، لأنها اذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك ولا تنافي بين ما شهدت به البينة وبين دلالة اليد : لجواز ان تكون ملكه أمس ثم تنتقل الى صاحب اليد ، فإذا ثبت ان سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب القضاء باستدامة الملك السابق ، وان أقر المدعى عليه أنها كانت ملكا للمدعى أمس أو فيما مضى سمع إقراره وحكم به في الصحيح لانه حينئذ يحتاج الى بيان سبب انتقالها اليه فيصير هو المدعى فيحتاج الى البينة ويفارق البينة من وجهين .

أحدهما : أنه أقوى من البينة لكونه شهادة من الانسان على نفسه ويزول به النزاع بخلاف البينة ، ولهذا يسمع في المجهول ويقضى به بخلاف البينة .
والثاني : ان البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه ، والدعوى يجب ان تكون معلقة بالحال ، والاقرار يسمع ابتداء ، وان شهدت البينة أنها كانت في يده أمس ففي سماعها وجهان ، وان أقر المدعى عليه بذلك فالصحيح أنها تسمع ويقضى به لما ذكرنا .

(فصل) وان ادعى أمة أنها له وأقام بينة فشهدت أنها ائمة أمته ، أو ادعى ثمة فشهدت له البينة أنها ثمة شجرته لم يحكم له بها لجواز ان تكون ولدتها قبل تملكها وأثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها ، وان قالت البينة ولدتها في ملكه أو أثمرتها في ملكه حكم له بها لأنها شهدت أنها نماء ملكه ونماء ملكه ملكه ما لم يرد سبب ينقله عنه .

فإن قيل : فقد قلنا لا تقبل شهادته بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق ، قلنا الفرق بينهما على تقدير التسليم أن النماء تابع الملك في الأصل فإثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه التبع ، وجرى مجرى ما لو قال ملكته منذ سنه وأقام البينة بذلك ، فإن ملكه يثبت في الزمن الماضي تبعاً للحال ويكون له النماء فيما مضى ، ولأن البينة هنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها في ملكه فقويت بذلك ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقالت أقرضه ألفاً أو باعه ثبت الملك ، وإن لم يذكره فمع ذكره أولى .

وإن شهدت له البينة أن هذا الغزل من قطنه وهذا الدقيق من حنطته ، وأن هذا الطائر من بيضته حكم له به وإن لم يصفه إلى ملكه ، لأن الغزل عين القطن وإنما تغيرت صفته ، والدقيق أجزاء الحنطة تفرقت ، والطير هو أجزاء البيضة استحالة وكان البينة قالت هذا غزله ودقيقه وطيره ، وليس كذلك بالولد والثمن فإنهما غير الأم والشجرة ، ولو شهد أن هذه البيضة من طيره لم يحكم لها بها حتى يقولوا بإصها في ملكه لأن البيضة غير الطير ، وإنما هي من نواته فهي كالولد ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا .

(فصل)

وإذا كانت في يد زيد دار فادعاه عمرو وأقام بيته أنه اشتراها من خالد بثمان مسمى نقده إياه ، أو أن خالداً وهبه تلك الدار لم تقبل بيته بهذا حتى يشهد أن خالداً باعه إياها أو وهبها له وهو يملكها أو يشهد أنها دار عمرو واشتراها من خالد أو يشهد أنه باعها أو وهبها له وسلمها إليه ، وإنما لم تسمع البينة بمجرد الشراء والهبة لأن الإنسان قد يبيع مالا يملكه ويهبه فلا تقبل شهادتهم به ، فإن انضم إلى ذلك الشهادة للبائع بالملك أو شهدوا للمشتري بالملك أو شهدوا بالتسليم فقد شهدوا بتقديم اليد أو بالملك للمدعى أو لمن باعه ، فالظاهر أنه ملكه لأن اليد تدل على الملك وهذا مذهب الشافعي ، وإنما قبلناها وهي شهادة بملك ماض لأنها شهدت بالملك مع السبب والظاهر استمراره بخلاف ما إذا لم يذكر السبب .

(فصل) وإذا كان في يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه فادعى أنه مملوك قبلت دعواه ولم يحل بينه وبينه لأن اليد دليل الملك والصبي مالم يعبر عن نفسه فهو

كالهبة والمتاع ، إلا أن يعرف أن سبب يده غير الملك مثل أن ياتمه فلا تقبل دعواه لرقه ، لأن اللقيط محكوم بحريته ، وأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه ، فإذا بلغ فادعى الحرية لم تقبل دعواه لأنه محكوم برقه قبل دعواه ، وإن لم يدع ملكه لكنه كان يتصرف فيه بالاستخدام وغيره فهو كما لو ادعى رقه . ويحكم له برقه لأن اليد دليل الملك ، فإن ادعى أجنبي نسبه لم يقبل لما فيه من الضرر على السيد . لأن النسب مقدم على الولاء في الميراث ، فإن أقام البينة بنسبه ثبت ولم يزل الملك عنه لأنه يجوز أن يكون ولده وهو مملوك بأن يتزوج بامة أو يسي الصغير ثم يسلم أبوه ، إلا أن يكون الأب عربياً فلا يسترق ولده في روايه وهو قول الشافعي القديم .

وان أقام بينة أنه ابن حرة فهو حر لأن ولد الحرة لا يكون إلا حراً ، وإن كان الصبي ممزاً يعبر عن نفسه فادعى من هو في يده رقه ولم يعرف تقدم اليد عليه قبل تمييزه ، إلا أننا ان رأيناه في يده وهما يتنازعان ففيه وجهان .

أحدهما : لا يثبت ملكه عليه لأنه معرب عن نفسه ويدعى الحرية أشبه البالغ والثاني : يثبت ملكه عليه لأنه صغير ادعى رقه وهو في يده فأشبهه الطفل ، فأما البالغ إذا ادعى رقه فأنكر لم يثبت رقه إلا ببينة ، وإن لم تكن بينة فالقول قوله مع يمينه في الحرية لأنها الأصل ، وهذا الفصل بجميعه مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، إلا أن أصحاب الرأي قالوا متى أقام إنسان بينة أنه ولده ثبت النسب والحرية ، لأن ظهور الحرية في ولد الحر أكثر من احتمال الرق الحاصل باليد لا سيما إذا لم يعرف من الرجل كفر ولا تزوج بامة فلا ينفي احتمال الرق ، وهذا القول هو الصواب إن شاء الله .

(فصل) وإن ادعى اثنان رق بالغ في أيديهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه وإن اعترف لهما بالرق ثبت رقه ، فإن ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يكون بينهما نصفين لأن يدهما عليه فأشبهه الطفل والثوب .

ولنا أنه إنما حكم برقه باعترافه فكان مملوكاً لمن اعترف له كما لو لم تكن يده عليه ، ويخالف الثوب والطفل فإن الملك حصل فيهما باليد وقد تساوى فيه

وههنا حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصا به ، فان أقام كل واحد منهما بينة أنه مملوكة تعارضتا وسقطتا ويقرع بينهما أو يقسم بينهما على ما مضى من التفصيل فيه .

فان قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر ، وان اعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له ، وان أقر لهما معا فهو بينهما لان البينتين سقطتا وصارتا كالمعدومتين .

فان قلنا بالقرعة أو القسمة فأنكرهما لم يلتفت الى انكاره ، وان اعترف لأحدهما لم يلتفت الى اعترافه لان رقه ثابت بالبينة فلم تبق له يد على نفسه كما قلنا فيما اذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة أنها ملكه واعترف أنها ليست له ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجح باقراره .

(فصل) ولو كان في يده صغيرة فادعى نكاحها لم يقبل منه ولا يخلى بينها وبينه ، ولو ادعى رقه قبل منه اذا كانت طفلة لا تعبر عن نفسها ، لان اليد دليل الملك ، وأما المدعى للنكاح فهو مقر بحريتها أو بأنها غير مملوكة له واليد لا تثبت على الحر ، فاذا كبرت فاعترفت له بالنكاح قبل إقرارها .

(فصل)

ولو ادعى ملك عين وأقام به بينة وادعى آخر أنه باعها منه أو وهبها إياه أو وقفها عليه أو ادعت امرأته أنه أصدقها إياها أو أعتقها وأقام بذلك بينة قضى له بها بغير خلاف نعليه لان بينة هذا شهدت بأمر خفي على البينة الأخرى والبينة الأخرى شهدت بالأصل فيمكن أنه كان ملكه ثم صنع به ما شهدت به البينة الأخرى ، ولو مات رجل وترك داراً فادعى ابنه أنه خلفها ميراثاً وادعت امرأته أنه أصدقها إياها وأقاما بذلك بينتين حكم بها للراة ، ولأنها تدعى أمراً زائداً خفي على بينة الابن ، وسواء شهدت البينة بالشراء وما في معناه بأنه باع ملكه أو ما في يده أو لم تشهد بذلك ، وسواء شهدت بالبيع والقبض أو لم تذكر القبض وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يثبت الملك للشترى ولا تزال يد البائع الا ان تشهد البينة بأنه باع ملكه أو ما في يده : لان البيع المطلق ليس بحجة لانه قد يبيع ما لا يملك .

ولنا أن بينة البائع أثبتت الملك له فإذا أقامت بينة الشراء عليه كانت حجة عليه في إزالة ملكه عنها إلى المشتري فوجب القضاء له بها ، ولو ادعى إنسان داراً في يد رجل أنها لي منذ سنة وأقام بهذا بينة فجاء ثالث فادعى أنه اشتراها من مدعيها منذ سنتين وأقام بهذا بينة ثبت لمدعى الشراء وليس في شهادة البينة الأولى أنه تملكها منذ سنة ما يبطل أنها له منذ سنتين لأنه لا تنافي بين ملكها منذ سنتين وملكها منذ سنة ، وإن المالك منذ سنتين يستمر ملكه في السنة الثانية فإن قالت بينة الشراء هو مالكمها ثبت الملك بغير خلاف ، وإن لم تقل ذلك كان فيه من الخلاف ما قد ذكرناه .

(فصل) ولو ادعى رجل ملك دار في يد آخر وادعى صاحب اليد أنها في يده منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة بداعوه فهي لمدعى الملك بلا خلاف نعلمه لأنه لا تنافي بين الدعوتين ولا البينتين لأنها قد تكون ملكاً له وهي في يد الآخر ، وإن ادعى دابة أنها له منذ عشر سنين وأقام بهذا بينة فوجدت الدابة لها أقل من عشر سنين فالبينه كاذبه والدابة لمن هي في يده .

(فصل) وإذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بألف وشهد أحدهما أنه قضاة ثبت الاقرار ، فإن حلف مع شاهده على القضاء ثبت وإلا حلف المقر له أنه لم يتقضه وبُيِّنَ له الألف ، وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه قضاة ثبت عليه الألف لأن شاهد القضاء لم يشهد بألف عليه وإنما تضمنت شهادته أنها كانت عليه ، والشهادة لا تقبل إلا صريحه ، بخلاف المسألة الأولى فإن البينة أثبتت الألف بشهادتها الصريحة بها ، ولو ادعى أنه أقرضه ألفاً فقال لا يستحق على شيئاً فأقام بينة بالقرض وأقام المدعى عليه بينة أنه قضاة ألفاً ولم يعرف التاريخ برى بالقضاء لأنه لم يثبت عليه إلا ألف واحد ولا يكون القضاء إلا لما عليه فلماذا جعل القضاء للألف الثابتة .

وإن قال ما أقرضتني ثم أقام بينة بالقضاء لم تقبل بينته في أنه قضاة للقرض لأنه بانهكاه القرض تعين صرفها إلى قضاء غيره ولو لم ينكر القرض إلا أن بينة القضاء كانت مؤرخه بتاريخ سابق على القرض لم يجوز صرفها إلى قضاء القرض لأنه لا يقضى القرض قبل وجوده .

« مسألة ، قال (ولو مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافرا فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى الكافر أن أباه مات كافرا فالقول قول الكافر مع يمينه لأن المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف بأن أباه كان كافرا مدعيا لإسلامه وإن لم يعترف بأخوة الكافر ولم تكن بينه وأخوته كان الميراث بينهما نصفين لتساوي أيديهما)

وجملته أنه إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركته وابنين يعترفان أنه أبوهما أحدهما مسلم والآخر كافر ، فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وأن الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر لأن دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعى كون الميت مسلما أصليا فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتدا وهذا خلاف الظاهر فإن المرتد لا يقر على رדתه في دار الإسلام أو يقول إن أباه كان كافرا فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الأصل ما قاله أخوه مدع زواله وانتقاله والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله ، وهذا معنى قول الخرقى أن المسلم باعترافه بأخوة الكافر معترف أن أباه كان كافرا مدعيا لإسلامه .

وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنهما في الدعوى سواء فالميراث بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عينا في أيديهما ، ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما ، وهو قول أبي حنيفة لأن الدار دار الإسلام يحكم بإسلام لقيطها ويثبت للميت فيها إذا لم يعرف أصل دينه حكم الإسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على أكفان موتى المسلمين ، ولأن هذا حكمه حكم الموتى المسلمين في تغسيله والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك في ميراثه ، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ، ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتدا لم تثبت عند الحاكم رדתه ولم ينته إلى الإمام خبره ، وظهور الإسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه ، ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه .

وقال القاضي : قياس المذهب أننا ننظر فإن كانت التركة في أيديهما قسمت بينهما نصفين وإن لم تكن في أيديهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف واستحق

كما قلنا فيما إذا تداعيا عينا ، ويقتضى كلامه أنها إذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه ، وهذا لا يصلح لأن كل واحد منهما يعترف أن هذه التركة تركة هذا الميت وأنه إنما يستحقها بالميراث فلا حكم ليد .

وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يقف الأمر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحها وهذا قول الشافعي .

وانا ما ذكرناه من الدليل على ظهور كفره وعند ذلك يتعين الترجيح لقوله وصرف الميراث إليه ، وأما ظهور حكم الاسلام في الصلاة عليه فلأن الصلاة لا ضرر فيها على أحد ، وكذلك تغسيله ودفنه .

وأما قوله إن الاسلام يعلو ولا يعلى ، فإنما يعلو إذا ثبت والنزاع في ثبوته ، وهذا إذا لم يثبت ، فاما ان ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه عليه مع يمينه ، وهذا قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلها .

ولنا أن الأصل بقاء ما كان عليه وكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع فاما ان لم يعترف المسلم بأخوة الكافر وادعى كل واحد منهما أن الميت أبوه دون الآخر فهما سواء في الدعوة لتساوى أيديهما ودعاويهما ، فإن المسلم والكافر في الدعوى سواء ، ويقسم ميراثه نصفين كما لو كان في أيديهما دار فادعاهما كل واحد منهما ولا بينة لهما ، ويحتمل أن يقدم قول المسلم لما ذكرنا والله أعلم

مسألة ، قال (وإن أقام المسلم بينة أنه مات مسلما ، وأقام الكافر بينة أنه مات كافرا أسقطت البينتان وكانا كمن لا بينة لهما . وإن قال شاهدان نعرفه كان كافرا ، وقال شاهدان نعرفه كان مسلما ، فالميراث للمسلم لأن الاسلام بطرا على الكفر إذا لم يورخ شهود معرفتهم)

وجملة ذلك أنه إذا خلف الميت ولدين مسلما وكافرا ، فادعى المسلم أنه مات مسلما وأقام بذلك بينة ، وأقام الكافر بينة من المسلمين أنه مات كافرا ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان ، وإن عرف أصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به فهما متعارضتان

وإن شهدت إحداهما أنه مات على دين الاسلام ، وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعى انتقاله عن دينه ، لأن المبقية له على أصل دينه ثبتت شهادتها على الأصل الذي تعرفه . لأنهما إذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذي عرفاه والبينة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى فقدمت عليها ، كما لو شهدا بأن هذا العبد كان مملوكا ففلان إلى أن مات وشهد آخران أنه أعتقه أو باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع . فاما ان قال شاهدان نعرفه قبل موته قد كان مسلماً ، وقال شاهدان نعرفه كان كافراً نظرنا في تاريخهما . فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين عمل بالآخرة منهما لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى إلى ما شهدت به الآخرة .

وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة قدمت بينة المسلم لأن المسلم لا يقر على الكفر في دار الاسلام ، وقد يسلم الكافر فيقر ، وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد نظرت في شهادتهما فإن كانت على اللفظ فهما متعارضتان ، وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان ، وإن عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه ، وكل موضع تعارضت البيئتان فقال الحرقى تسقط البيئتان ويكونان كمن لا بينة لهما ؛ وقد ذكرنا روايتين آخرتين .

احداهما : يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذ
والثانية : تقسم بينهما ونحو هذا .

قال الشافعي وقال أبو حنيفة : تقدم بينة الاسلام على كل حال ، وقد مضى الكلام معه ، وقول الحرقى فيما إذا قال شاهدان نعرفه كان مسلماً ، وقال شاهدان نعرفه كان كافراً محمول على من لم يعرف أصل دينه أو علم أن أصل دينه الكفر ، أما من كان مسلماً في الأصل فينبغي أن تقدم بينة الكفر لأن بينة الاسلام يجوز أن تستند إلى ما كان عليه في الأصل .

(فصل) وإن خلف ابنا مسلماً وأخا كافراً فاختلفا في دينه حال الموت فالحكم فيها كالتى قبلها ، وهكذا سائر الأقارب إلا أن يخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين أو غيرهما من الأقارب ويختلفون في دينه فإن كون الأبوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه لأن الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فثبت أنه كان

كافراً وأن الابنين يدعيان إسلامه فيكون القول قول الأبوين وإن كانا مسلمين فالقول قولهما في إسلامه لأن كفره ينبنى على أنه كان مسلماً فارتد ، أو أن أبويه كانا كافرين فأسلما بعد بلوغه والأصل خلافه .

(فصل) ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت فادعت أنها أسلمت قبل موته فأنكرها الورثة فالقول قول الورثة ، لأن الأصل عدم ذلك ، وإن لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة أنها كانت كافرة فأنكرتهم فالقول قولها لأن الأصل عدم ما ادعوه عليها ، وإن ادعوا أنه طلقها قبل موته فأنكرتهم فالقول قولها ، وإن اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها فالقول قولهم . وإن اختلفوا في انقضاء عدتها فالقول قولها في أنها لم تنقض لأن الأصل بقاءها ولا نعلم في هذا كله خلافاً ، وبهذا قال الغمامي وأصحاب الرأي وأبو ثور .

ولو خلف — ولدين مسلمين اتفقا على أن أحدهما كان مسلماً حين موت أبيه وادعى الآخر أنه أسلم في حياة أبيه وجحدته أخوه فالمراث للمنفق عليه ، لأن الأصل بقاء الكفر إلى أن يعلم زواله ، وعلى أخيه اليمين ويكون على نفي العلم لأنها على نفي فعل أخيه إلا أن يكون ثبت أنه كان مسلماً قبل القسمه ، فإن من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له ، وإن كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً ثم عتق واختلفا في حرية عند الموت فالقول قول من ينفيها وإن لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً فادعى عليه أنه كان كذلك فأنكر فالقول قوله والميراث بينهما ، لأن الأصل الحرية والإسلام وعدم ما سواهما .

(فصل) وإن أسلم أحد الابنين في غرة شعبان وأسلم الآخر في غرة رمضان واختلفا في موت أبيهما ، فقال الأول منهما مات في شعبان فورثته وحده . وقال الآخر مات في رمضان فالمراث بينهما لأن الأصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها ، فإن أقام كل واحد منهما بيته بدعواه فقيه وجهان .

أحدهما : بتعارضان ، والثاني : تقدم بيته موته في شعبان لأن معها زيادة علم لأنها بينت موته في شعبان ، ويجوز أن يخفى ذلك على البيته الأخرى .

(فصل) وإن اختلفا في دار فادعى أحدهما أن هذه دارى ورثتها من أبي

وادعى الآخر أنها داره ورثها من أبيه وليس أحدهما أخاً للآخر وكانت في يد أحدهما فهي للذي هي في يده ، سواء كان مسلماً أو كافراً ، وإن كانت في أيديهما فهي بينهما ، وإن كان لكل واحد منهما بيته وهي في أيديهما تعارضنا وكان الحكم فيها على ما قدمنا في مثلها .

«مسألة ، قال ﴿ وإذا ماتت امرأة وابنها ، فقال زوجها ماتت قبل ابنها فورثناها ثم مات ابنها فورثته ، وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين ﴾

وجملته أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضاً واختلف الأحياء من ورثتهم في أسبقهم بالموت ، كأمراة وابنها ماتا فقال الزوج ماتت المرأة أولاً فصار ميراثها كله لى ولابن ثم مات ابن فصار ميراثه لى ؛ وقال أخوها مات ابنها أولاً فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بينى وبينك نصفين ، حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته دون من مات معه ، لأن سبب استحقاق الحى من موروثه موجود وإنما يتنع لبقاء موروث الآخر بعده ، وهذا أمر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لأبيه لا مشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين . وهذا مذهب الشافعى .

فإن قيل فقد أعطيتم الزوج نصف ميراث المرأة وهو لا يدعى إلا الربع . قلنا بل هو مدع له كله ، ربه بميراثه منها وثلاثة أرباعه بإرثه من ابنه .

قال أبو بكر . وقد ثبتت البنوة بيقين فلا يقطع ميراث الأب منه إلا ببينة تقوم للأخ . وهذا تعليل لقول الحرقى فى هذه المسألة ، وذكر قولاً آخر أنه يحتمل أن الميراث بينهما نصفين ، قال وهذا اختيارى أن كل رجلين ادعى ما لا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين ، وهذا لا يدرى ما أراد به إن أراد أن مال المرأة بينهما نصفين فهو قول الحرقى وليس بقول آخر ، وإن أراد أن مالها ومال الابن بينهما نصفين لم يصح لأنه يفضى الى إعطاء الأخ ما لا بدعيه ولا يستحقه

يقينا لانه لا يدعى من مال الابن أكثر من سدسه ولا يمكن أن يستحق أكثر منه
وان أراد أن ثلث مال الابن يضم الى مال المرأة فيقتسمانه نصفين لم يصح لأن
نصف ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينازعه الاخ فيه ، وإنما النزاع بينهما في نصفه
ويحتمل ان يكون هذا مراده كما لو تنازع الاخ فيه ، وإنما النزاع بينهما خفي كما لو
تنازع رجلان دارا في أيديهما فادعاهما أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها فإنها
تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعى النصف ، إلا أن الفرق بين هذه
المسألة وتلك أن الدار في أيديهما فكل واحد منهما في يده نصفها ، فمدعى النصف
يدعيه وهي في يده فقبل قوله فيه مع يمينه ، وفي مسألة يعترفان أن هذا ميراث
عن الميتين فلا يد لأحدهما عليه لاعترافهما بأنه لم يكن لهما وإنما هو ميراث
يدعيانه عن غيرهما ، وان أرادا ان يضم سدس مال الابن الى نصف مال المرأة
فيقسم بينهما نصفين فله وجه لأنهما تساويا في دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة
في أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به ، والذي يقتضيه قول اصحابنا
في الغرقى والهدمى ان يكون سدس ميراث الابن للاخ وباقي الميراثين للزوج لاتنا
نقدر ان المرأة ماتت أولا فيكون ميراثها لابنها وزوجها ، ثم مات الابن فورث
الزوج كل ما في يده فصار ميراثها كله لزوجها ، ثم نقدر ان الابن مات أولا فورثه
ابواه ، لأمه الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد
منهما السدس فلم يرث الاخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا ، ولعل هذا القول
يختص بمن جمل موتهم واتفق وراثتهما على الجهل به ، والقولان المتقدمان قول
الحرقى وقول ابى بكر فيما اذا ادعى ورثة كل ميت انه مات أخيراً وان الآخر
مات قبله ؛ فإن كان لأحدهما بينة بما ادعاه حكم بها ، وان أقاما بينتين تعارضتا ،
وهل تسقطان او تستعملان فيقرع بينهما او يقتسمان ما اختلفا فيه ؟ يخرج على
الروايات الثلاث والله اعلم

(فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعت امرأته انه اصدقها إياها او انها
اشتريتها منه فأنكرها فالقول قوله مع يمينه لان القول قول المنكر مع يمينه ؛ وإن
أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة المرأة لانها تشهد بزيادة خفيت على بينة الزوج
وان مات الرجل وخلف ابنا فادعى الابن انه خلف الدار ميراثا وادعت المرأة

أنه أصدقها إياها أو باعها إياها وأقاما بينتين قدمت بينة المرأة لذلك ، فإن لم تكن بينة فالقول قول الابن مع يمينه ، لا نعلم في هذا خلافا .

(فصل) وإذا ادعى رجل أنه اكترى بيتا من دار لرجل شهراً بعشرة فادعى الرجل أنه اكترى الدار كلها بعشرة ذلك الشهر ولا بينة لواحد منهما فقد اختلفا في صفة العقد في قدر المكترى فيتحالفان ، وقد مضى حكم التحالف في البيع ، وذكر أبو الخطاب فيما اذا ادعى البائع أنه باعه عبده هذا بعشرة وقال المشتري بل هو والعبد الآخر بعشرة فالقول قول البائع مع يمينه ولم يجعل بينهما تحالفا لأن المشتري يدعى بيعا في العبد الزائد ينكره البائع والقول قول المنكر وهذا مثله ، فعلى هذا يكون القول قول المنكرى مع يمينه إذا عدت البينة .

وان أقام أحدهما بدعواه بينة حكم له وان كان مع كل واحد بينة تعارضتا سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد ، أو أحدهما مؤرخة والأخرى مطلقة لان العقد على البيت مفرداً وعلى الدار كلها في زمن واحد محال .

فإن قلنا تسقطان فالحكم فيه كما لو لم يكن بينهما بينة ، وإن قلنا يقرع بينهما قدمنا قول من تقع له القرعة ، وهذا قول القاضى وظاهر مذهب الشافعى ، وعلى قول أبى الخطاب تقدم بينة المكترى لأنها تشهد بزيادة وهو قول بعض أصحاب الشافعى . فإن قيل فهلا أوجبتم الآخرين معاً على المكترى كما قلتم فيما اذا قامت البينة أنه تزوجها يوم الخميس بألف فقامت بينة أخرى أنه تزوجها يوم الجمعة بمائه بحسب المهران ، قلنا ثم يجوز أن يكون المهران مستقرين بأن يتزوجها يوم الخميس ويدخل بها ثم يخالعهما ثم يتزوجها يوم الجمعة ، وأما الأجرة فلا تستقر إلا بمضى الزمان ، فإذا عقد عقداً قبل مضى المدة لم يحز أن تجب الاجرتان .

مسألة ، قال (ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفاً وشهد آخران على رجل آخر أنه أخذ من الصبي ألفاً كان على ولي الصبي أن يطالب أحدهما بالألف إلا أن تكون كل بينة لم تشهد بالألف الذى شهدت به الأخرى فيأخذ الولي الألفين)

أما إذا كانت كل بينة شهدت بألف غير معين فإن الولي يطالب بالألفين جميعا لان كل واحد من الرجلين ثبت عليه أحد الألفين فيلزمه أدائها ، وعلى الولي أن يطالب بها كما لو اقر كل واحد منهما بألف — .

وأما ان كان المشهود به ألفا معيننا فشهدت بينة ان هذا الرجل هو الأخذ لها لم يجب الا ألف — واحد وللولى مطالبة أيهما شاء لأنه قد ثبت ان كل واحد منهما أخذ الألف — ، فان كان لم يردده فقد استقر في ذمته ، وان كان رده الى الصبي لم تبرأ ذمته برده اليه لانه ليس له قبض صحيح ، فان غرمه الذى لم يردده لم يرجع على احد لانه استقر عليه ، وان غرمه الراد له رجع على الذى لم يردده ، فان غرمه احدهما فادعى ان الضمان استقر على صاحبه ليرجع عليه فالقول قول الآخر مع يمينه ، لان الأصل عدم استقراره عليه .

« مسألة ، قال (ولو ان رجلين حربيين جاءا من ارض الحرب فذكر كل واحد منهما انه اخو صاحبه جعلناهما اخوين ، وان كانا سبيا فادعيا ذلك بعد ان اعتقا فميراث كل واحد منهما لمعتقه اذا لم يصدقهما الا ان تقوم بما ادعياه بينه من المسلمين فيثبت النسب ويورث كل واحد منهما من اخيه)

وجملته ان اهل الحرب اذا دخلوا البنا مسلمين او غير مسلمين فأقر بعضهم بنسب بعض ثبت نسبهم كما يثبت نسب اهل دار الاسلام من المسلمين واهل الذمة باقرارهم ، ولانه اقرار لا ضرر على احد فيه فقبل باقرارهم بالحقوق المالية ولا نعلم في هذا خلافا .

وان كانوا سبيا فأقر بعضهم بنسب بعض وقامت بذلك بينة من المسلمين ثبت ايضا ، سواء كان الشاهد اسيرا عندهم او غير اسير ، ويسمى الواحد من هؤلاء حميلا اى محمولا ، كما يقال للمقتول قتيل وللجروح جريح ، لانه حمل من دار الكفر ، وقيل سمي حميلا لانه حمل نسبه على غيره ، وان شهد بنسبه الكفار لم تقبل .

وعن احمد روايه اخرى ان شهادتهم في ذلك تقبل لتعذر شهادة المسلمين به في الغالب ، فأشبهه شهادة اهل الذمة على الوصية في السفر اذا لم يكن غيرهم ،

والمذهب الأول لأننا إذا لم نقبل شهادة الفاسق فشهادة الكافر أولى ، وإنما لم يقبل إقرارهم لما في ذلك من الضرر على السيد بتفويت إرثه بالولاء على تقدير العتق ، وإن صدقهما معتقهما قبل لأن الحق له ، وإن لم يصدقهما ولم تقم بينة بذلك لم يرث بعضهم من بعض وميراث كل واحد منهما لمعتقه ، وهذا قول الشافعي فيها إذا أقر بنسب أب أو أخ أو جد أو ابن عم ، وإن أقر بنسب فقيه ثلاثة أوجه .

أحدها : لا يقبل : والثاني : يقبل لأنه يملك أن يستولد فملك الإقرار به ، والثالث : أن أمكن أن يستولد بعد عتقه قبل لأنه يملك الاستيلاد بعد عتقه وإلا لم يقبل لأنه لا يملك قبل عتقه أو يستولد قبل عتقه .

ويروى عن ابن مسعود ومسروق والحسن وابن سيرين أن إقراره يقبل فيما يقبل فيه الإقرار من الأحرار الأصليين ، وبه قال أبو حنيفة لأنه مكلف أقر بنسب وارث مجهول النسب يمكن صدقه فيه ووافقه المقر له فيه فقبل كما لو أقر من له أخ بنسب ابن ، وبهذا الأصل يبطل ما ذكروه .

ولنا ما روى الشعبي ، أن عمر رضي الله عنه كتب إلى شريح أن لا تورث حميلا حتى تقوم به بينة ، رواه سعيد ، وقال أيضا حدثنا سفيان عن ابن جعدان عن سعيد بن المسيب قال : كتب عمر بن الخطاب أن لا تورث حميلا إلا بينة ، ولأن إقراره يتضمن إسقاط حق معتقه من ميراثه فلم يقبل ، كما لو أقر أنه مولى لغيره فإن غيره شريك في ولائه ، وفارق الإقرار من الحر الذي له أخ ، لأن الولاء نتيجة الملك فجري مجراه ، ولأن الولاء ثبت عن عوض والاخوة بخلافه ، ألا ترى أنه لو قال لغيره اعتق عبدك عني وعلى ثمنه صبح ولم يثبت له إلا الولاء ؟ وإذا ثبت أنه بعرض كان أقوى من النسب ، وإنما قدمنا النسب في الميراث لقربه لا لقوته كما تقدم ذوى الفروض على العصبة مع قربهم .

(فصل) وإذا كانا مختلفي الدين لم يثبت النسب بإقرارهما وإن لم يتوارثا لأنه يحتمل أن يسلم الكافر منهما فيرث ، ولذلك لو أقر بالنسب في حال رقهما لم يثبت لاحتمال التوارث بالعتق .

وإن ولد لكل واحد منهما ابن من حرة فأقر كل واحد منهما الآخر أنه ابن عمه

احتمل أن يقبل إقراره لأنه لا ولاء عليه فيقبل إقراره لوجود المقتضى لقبوله وانتفاء المعارض ، واحتمل أن لا يقبل لأنه يرثه المسلمون ولأنه اذا لم يقبل اقرار الاصول فالفروع أولى .

فإن قلنا : يقبل اقرارهما فاقر أحدهما لابن الآخر أنه عمه لم يثبت الاقرار بالنسبة الى أنه ابن أخيه لأنه لو ثبت لورث عمه دون مولاه المعتقد له ، وهل يثبت بالنسبة الى العم فيرث ابن أخيه ؟ يحتمل أن يثبت لانتفاء الولاية عن ابن الاخ فلا تفضي صحة الإقرار الى إسقاط الولاية ، والاولى أنه لا يثبت لأنه لم يثبت بالنسبة الى أحد الطرفين فلم يثبت في الآخر .

مسألة ، قال (وإذا كان الزوجان في البيت فافترقا أو ماتا فادعى كل واحد منهما ما في البيت أنه له أو ورثته حكم بما كان يصلح للرجال للرجل وما كان يصلح للنساء للمرأة وما كان يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفين)

وجملة ذلك أن الزوجين اذا اختلفا في متاع البيت أو في بعضه فقال كل واحد منهما جميعه لي أو قال كل واحد منهما هذه العين لي وكانت لأحدهما بيعة ثبت له بخلاف ؛ وان لم يكن لواحد منهما بيعة فالمنصوص عن أحد أن ما يصلح للرجال من العمام وقمصانهم وجبايهم والاقبية والطيايسة والسلاح وأشياء ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه ، وما يصلح للنساء كحليهن وقمصهن ومقانعهن ومغازهن فالقول قول المرأة مع يمينها ، وما يصلح لهما كالمقارش والاثواني فهو بينهما ، وسواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم ، وسواء اختلفا في حال الزوجية أو بعد البيوتة ، وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر .

قال أحمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان في الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعى المرأة المتاع . فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام أن يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما ، وان كان المتاع على يدي غيرهما فمن أقام البيعة دفع اليه وان لم تكن لهما بيعة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع .

وقال في روايته منها : وكذلك ان اختلفا وأحدهما مملوك ، وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى .

وقال القضاة : هذا انما هو فيما اذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم ، أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه ، وان كان في أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما أو لأحدهما وهذا قول أبي حنيفة وعمر بن الخطاب إلا أنهما قالوا ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه ، وإذا اختلف أحدهما وورثة الآخر فالقول قول النافي منهما لأن اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكيمة ، بدليل أنه لو تنازع الحياط وصاحب الدار في الأبرة والمقص كانت للخياط .

وقال أبو يوسف : القول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهاز مثلها وقال مالك ما صلح لكل واحد منهما فهو له وما صلح لهما كان للرجل ، سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم : لأن البيت للرجل ويده أقوى عليه لأن عليه السكنى .

وقال الشافعي وزفر والبي : كل ما في البيت بينهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه .

وروى نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لأنهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعى وعدم البينة فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالذي يصلح لهما أو كما لو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك .

ولنا ان أيديهما جميعا على متاع البيت بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبي كان القول قولهما ، وقد يرجح أحدهما على صاحبه بدأ وتضرعا فيجب ان يقدم كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها أو قميصا أحدهما لابسها والآخر أخذ بكمه ، أو جدارا متصلا بداريهما معقودا ببناء أحدهما أو له عليه أزج .

ولنا على أبي حنيفة والقضاة : انهما تنازعا فيما في أيديهما ولا مزية لأحدهما على صاحبه ، أشبه اذا كان في اليد الحكيمة .

فأما ما كان يصلح لهما فإنه في أيديهما ، ولا مزية لأحدهما على صاحبه ،

أشبه إذا كان في أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة على أنه ليس للنافي أن وارث الميت قائم مقامه ، أشبه ما لو وكل أحدهما لنفسه وكيلًا ، فأما إذا لم يكن لهما يد حكومية بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قماش بينهما فلا يرجح أحدهما بصلاحيته ذلك له ، بل إن كانت في أيديهما فهي بينهما وإن كانت في يد أحدهما فهي له ، وإن كانت في يد غيرهما اقترعا عليها ، فمن خرجت له القرعة فهي له واليمين على من حكمنا بها له في كل الموضع لأنه ليس لهما يد حكومية فأشبهها سائر المختلفين .

(فصل) وإذا كان في الدكان نجار وعطار فاختلفا فيما فيها حكم بآلة كل صناعة لصاحبها ، فآلة العطارين للعطار وآلة النجارين للنجار ، وإن لم يكونا في دكان واحد لكن اختلفا في عين لم يرجح أحدهما بصلاحيته العين المختلف فيما له كما ذكرنا في الزوجين ، ويكون ذلك كتنازع الأجنيين .

(فصل) وإذا اختلف المكري والمكترى في شيء في الدار نظرت فإن كان مما ينقل ويحول كالأثاث والأواني والكتب فهو للمكترى لأن العادة أن الإنسان يكرى داره فارغة من رحله وقماشه ، وإن كان في شيء مما يتبع في البيع كالأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة والسلاالم المستمرة والمفاتيح والرحا المنصوبة وحجرها التحتاني فهو للمكري لأنه من توابع الدار فأشبه الشجرة المغروسة فيها ، وإن كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال أحمد : إذا اختلفا في الرفوف فهي لصاحب الدار ، فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها .

وقال القاضي : كلام أحمد محمول على المسمرة فأما غير المسمرة فهي بينهما إذا تخالفا لأنها لا تتبع في البيع فأشبهت القماش ، وهذا ظاهر يشهد للمكترى ، والمكري ظاهر يعارض هذا وهو أن المكري يترك الرفوف في الدار ولا ينقلها عنها ، فإذا تعارض الظاهران من الجانبين استويا ، وهذا مذهب الشافعي ، فعلى هذا إذا تخالفا كانت بينهما ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهي لمن حلف وذكر القاضي في موضع آخر وأبو الخطاب : أنه إن كان للرف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينته وإن لم يكن له شكل منصوب تخالفا وكان بينهما لأنه إذا كان له شكل منصوب في الدار فالشكل تابع للدار فهو لصاحبها ، والظاهر أن أحد الرفين لمن له الآخر ، وكذلك إن اختلفا في مصراع

باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا لأن أحدهما لا يستغنى عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر فوقاني من الرحا والمفتاح مع السكرة ، ووجه ظاهر كلام أحمد في أن الرفوف لصاحب الدار على كل حال أن العادة جارية بترك الرفوف في الدار ولم تجر بنقل المكترى لها معه فكانت لصاحب الدار كالذى له شكل منصوب ، ولأنها إذا كانت لها أوتاد منصوبة فالأوتاد لصاحب الدار فكذلك ما نصبت له كالحجر فوقاني من الرحا إذا كان السفلا في منصوبا ومفتاح السكرة المسمرة .

(فصل) وإذا كان الحياط في دار غيره فاختلغا في الابرة والمقص فهي للخياط لأن تصرفه فيها أكثر وأظهر والظاهر معه ، لأن الانسان اذا دعا خياطاً ليخيط له فالعادة أنه يحمل معه إبرته ومقصه ، وان اختلفا في القميص فهو لصاحب الدار إذ ليست العادة أن يحمل القميص معه يخيطه في دار غيره ، وإنما العادة أن يخيط قميص صاحب الدار فيها .

وإن اختلف صاحب الدار والنجار في القدوم والمنشار وآلة النجارة فهي للنجار ، وإن اختلفا في الحشبة المنجورة والابواب والرفوف المنشورة فهي لصاحب الدار . وإن اختلف النجاد ورب الدار في قوس الندف فهو للنجاد ، وإن اختلفا في الفرش والقطن والصوف فهو لصاحب الدار ، وإن اختلف رب الدار والسقا في القرية فهي للسقا ، وإن اختلفا في الحاية والجرار فهي لصاحب الدار لما ذكرنا . (فصل) وإذا تنازع رجلان دابة أحدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها فالراكب أولى بها لأن تصرفه فيها أقوى ويده أكد وهو المستوفى لمنفعتها . وإن كان لأحدهما عليها حمل والآخر آخذ بزمامها فهي لصاحب الحمل لذلك ، وإن كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكب عليها فهي للراكب لأنه أقوى تصرفاً وإن اختلفا في الحمل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب لأن يده على الدابة والحمل معاً ، فأشبه ما لو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها . وإن تنازع صاحب الدابة والراكب في السرج فهو لصاحب الدابة لأن السرج في العادة يكون لصاحب الفرس . وإن تنازع اثنان في ثياب على عبد لأحدهما فهي لصاحب العبد لأن يد العبد عليها وإن تنازع صاحب الثياب والآخر في العبد اللابس

لها فها سواء لأن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل والذي قبله كما ذكرنا .

(فصل) فإن اختلف صاحب أرض ونهر في حائط بينهما فهو لها ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به .

وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة هو لصاحب النهر لأنه لنفعه . وقال أبو يوسف ومحمد هو لصاحب الأرض لأنه متصل بأرضه .

ولنا أنه حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه فيكون لهما ، كما لو تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما أو حائط بين داريهما ، وما ذكره من الترجيحين متقابل فيستويان ، وإن تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما فهو بينهما لذلك ، وكل موضع قلنا يقسم بينهما نصفين فإنما يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يحصل له دون النصف الآخر ، لأن ما يحصل له لا يفيد الحلف عليه شيئا فلا يستحلف عليه كالمدعي لا يحلف على ما يأخذه المدعي عليه .

(فصل) وإن تنازعا عمامة طرفها في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر أو قبضا كنه في يد أحدهما وباقيه مع الآخر فهما سواء فيها لأن يد الممسك بالطرف عليها بدليل أنه لو كان باقيها على الأرض فتنازعه فيها غيره كانت له ، وإذا كانت في أيديهما تساويا فيها ، ولو كانت دار فيها أربعة أليات وفي أحد ألياتها ساكن وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلغا فيها كان لكل واحد ما هو ساكن فيه لأن كل بيت ينفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد عليه ولو تنازعا الساحة التي يتطرق منها إلى البيوت فهي بينهما نصفين لا شترأكهما في ثبوت اليد عليها فأشبهت العمامة فيما ذكرنا .

« مسألة » قال (ومن كان له على أحد حق فمعه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أد الامانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خالك » رواه الترمذي)

وجملته أنه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له أن

يأخذ من ماله إلا ما يهبطه بلا خلاف بين أهل العلم ، فإن أخذ من ماله شيئا بغير اذنه لزمه رده اليه ، وإن كان قدر حقه لانه لا يجوز أن يملك عليه عينا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة ، وإن كانت من جنس حقه لانه قد يكون للانسان غرض في العين ، فإن أتلّفها أو تلفت فصارت ديناً في ذمته وكان الثابت في ذمته من جنس حقه تقاصاً في قياس المذهب ، والمشهور من مذهب الشافعي وإن كان مانعاً له لأمري يبيع المنع كالتأجيل والاعسار لم يحز أخذ شيء من ماله بغير خلاف وإن أخذ شيئاً لزمه رده إن كان باقياً أو عوضه إن كان تالفاً ولا يحصل التقاص هنا لان الدين الذي له لا يستحق أخذه في الحال بخلاف التي قبلها ، وإن كان مانعاً له بغير حق وقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لم يحز له الأخذ أيضاً بغيره لانه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه فأشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله ، وإن لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بينة له به ، أو لكونه لا يجيبه الى المحاكمة ولا يمكنه إجباره على ذلك أو نحو هذا فالمشهور في المذهب أنه ليس له أخذ قدر حقه ، وهو احدى الروايتين عن مالك .

قال ابن عقيل : وقد جعل أصحابنا المحدثون لجواز الأخذ وجهاً في المذهب أخذاً من حديث هند حين قال لها النبي صلى الله عليه وسلم « خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف » .

وقال أبو الخطاب : ويتخرج لنا جواز الأخذ فإن كان المقدور عليه من جنس حقه أخذ بقدره ، وإن كان من غير جنسه تحرى واجتهد في تقويمه ، مأخوذ من حديث هند ومن قول أحمد في المرتبة : يركب ويحلب بقدر ما ينفق والمرأة تأخذ مؤنتها وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا .

وقال الشافعي : إن لم يقدر على استخلاص حقه بعينه فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه ، وإن كانت له بينة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان ، والمشهور من مذهب مالك أنه إن لم يكن لغيره عليه دين فله أن يأخذ بقدر حقه وإن كان عليه دين لم يحز لانهما يتحصان في ماله إذا أفلس .

وقال أبو حنيفة : له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عينا أو ورقاً ، أو من جنس

حقه ، وإن كان المال عرضاً لم يجوز لأن أخذ العرض عن حقه اعتياض ولا يجوز
المعاوضة إلا برضا من المتعاضدين قال الله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض
منكم) واحتج من أباز الأخذ بحديث هند حين جاءت إلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من
النفقة ما يكفيني وولدي فقال . خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ، متفق عليه
وإذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير إذنه جاز للرجل الذي له
الحق على الرجل .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من
خانك ، رواه الترمذي وقال حديث حسن ، ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير
علمه فقد خانته فدخل في عموم الخبر . وقال صلى الله عليه وسلم : لا يحل مال
امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه ، ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه كان
معاوضة بغير تراض ، وإن أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضى
صاحبه فإن التعيين إليه . ألا ترى أنه لا يجوز له أن يقول اقضني حتى من هذا
الكيس دون هذا ؟ ولأن كل ما لا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين لا يجوز له
أخذه إذا كان له دين ، كما لو كان باذلاً له .

وأما حديث هند فإن أحمد اعذر عنه بأن حقهما واجب عليه في كل وقت ،
وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة في المحاكاة في كل وقت والمخاصمة كل يوم تجب
فيه النفقة بخلاف الدين ، وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر ، وهو أن قيام الزوجية
كقيام البينة فكان الحق صار معلوماً يعلم قيام مقتضيه وبينهما فرقان آخران .
أحدهما أن البرأة من التبسط في ماله بحكم العادة ما يؤثر في إباحة أخذ الحق
وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الاجنبى . الثانى : أن النفقة تراد لإحياء النفس
وابقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه ولا سبيل إلى تركه فجاز أخذ ما تندفع به هذه
الحاجة بخلاف الدين حتى نقول لو صارت النفقة ماضية لم يكن لها أخذها ولو وجب
لها عليه دين آخر لم يكن لها أخذه فعلى هذا أن أخذ شيئاً لزمه رده إن كان باقياً ،
وإن كان تالفاً وجب مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان متقوماً ، فإن كان من جنس
دينه تقاصاً وتساقطاً في قياس المذهب ، وإن كان من غير جنسه لزمه غرمه .

ومن جوز من أصحابنا الأخذ فإنه قال ان وجد من جنس حقه جاز له الأخذ منه بقدر حقه من غير زيادة وليس له الأخذ من غير جنس حقه مع قدرته على أخذه من جنسه ، وان لم يجد الا من غير جنس حقه فيحتمل أن لا يجوز له تملكه لانه لا يجوز ان يبيعه من نفسه ، وهذا يبيعه من نفسه وتلحقه فيه تهمة ، ويحتمل أن يجوز له ذلك ، كما قالوا : الرهن يتفق عليه إذا كان مركوباً أو مخلوباً يركب ويحلب بقدر النفقة وهي من غير الجنس ، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من جوز له هذا ومنهم من قال يواطىء رجلاً يدعى عليه عند الحاكم ديناً فيقر له بملك الشيء الذي أخذه فيمتنع من عليه الدعوى من قضاء الدين ليبيع الحاكم الشيء المأخوذ ويدفعه إليه .

(فصل)

وإذا ادعى إنسان على إنسان حقاً وأقام به شاهدين فلم يعرف الحاكم عدالتهما فسأل حبس غريبه حتى تثبت عداله شهوده أجيب الى ذلك لأن الظاهر من المسلمين العداله ، ولأن الذي على الغريم قد أتى به وإنما بقي ما على الحاكم وهو الكشف عن عداله الشهود ، وان أقام شاهداً واحداً وسأل حبس غريبه ليقم شاهداً آخر وكان الحق مما لا يثبت الا بشاهدين لم يحبس المدعى عليه لأن البينة مأمنة والحبس عذاب فلا يتوجه عليه دون تمام البينة ، وان كان الحق مما يثبت بشاهد ويمين فقيه وجهان .

أحدهما : يحبس له لأن الشاهد الواحد حجة في المال وإنما اليمين مقوية له . والثاني . لا يحبس وهو الصحيح لانه ان حبس ليقم شاهداً آخر يتم به البينة فهو كالحقوق التي لا تثبت الا بشاهدين ، وان حبس ليحلف معه فلا حاجة اليه فإن الحلف ممكن في الحال ، فإن حلف ثبت حقه والا لم يجب شيء ، ويحتمل أن يقال ان كان المدعى باذلاً لليمين والتوقف لاجل اثبات عدالة الشاهد حبس لما ذكرنا في التي قبلها ؛ وان كان التوقف عن الحكم بغير ذلك لم يحبس لما ذكرناه قال القاضي : وكل موضع حبس فيه بشاهدين استديم الحبس حتى تثبت عدالة الشهود أو فسقهم ، وكل موضع حبس فيه بشاهد واحد فإنه يقال للشهود له ان جئت بشاهد آخر الى ثلاث والا أطلقناه .

(فصل) وان ادعى العبد أن سيده أعتقه وأقام شاهدين ولم يعدلا فسأل العبد الحاكم أن يحول بينه وبين سيده الى أن يبحث الحاكم عن عدالة الشهود فعلى الحاكم ذلك ويؤجره من ثفة وينفق عليه من كسبه ويحبس الباقي ، فإن عدل الشاهدان سلم اليه الباقي من كسبه وان فسقارد الى سيده ، وانما حلنا بينهما لما ذكرناه في الفصل الذي قبل هذا ، ولا تنالو لم نحل بينهما أفضى الى أن تكون أمة فيطأها ، وان أقام شاهدا واحدا وسأل أن يحال بينهما ففيه وجهان .

وان أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حبل بينه وبينها ، وان أقامت شاهدا واحدا لم يحل بينهما لأن البينة لم تتم وهذا عما لا يثبت الا بشاهدين فلا يثبت بشاهد واحد والله أعلم .

كتاب العتق

العتق في اللغة الخلوص ، ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير ، أى خالصتها ، وسمى البيت الحرام عتيقا لخلوصه من أيدي الجبابرة ، وهو في الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق ، يقال عتق العبد وأعتقته أنا وهو عتيق ومعتق .

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وقال تعالى (فك رقبة) وأما السنة فما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها أربا منه من النار حتى أنه ليعتق اليد باليد ، والرجل بالرجل ، والفرج بالفرج ، متفق عليه في أخبار كثيرة سوى هذا ، وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القرية به .

(فصل) والعتق من أفضل القرب الى الله تعالى ، لان الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء في رمضان والإيمان ، وجعله النبي صلى الله عليه وسلم فكاكا لمعتقه من النار ، ولان فيه تخليصا للأدنى المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعه وتكميل أحكامه وتمكنه من التصرف في نفسه ومنافعه على حسب ارادته واختياره ، واعتاق الرجل أفضل من اعتاق المرأة ، لما روى كعب بن مرة الهزلي

قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : أيما رجل أعتق رجلاً مسلماً كان فكاً كه من النار يجرى بكل عظم من عظامه عظماً من عظامه ، وأيما رجل مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاً كه من النار يجرى بكل عظم من عظامهما عظماً من عظامه ، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاً كه من النار تجزى بكل عظم من عظامها عظماً من عظامها .

والمستحب عتق من له دين وكسب ينتفع بالعتق ، فأما من يتضرر بالعتق كمن لا كسب له تسقط نفقته عن سيده فيضيع أو يصير كلاً على الناس ويحتاج إلى المسألة فلا يستحب عتقه ، وإن كان ممن يخاف عليه المضى إلى دار الحرب والرجوع عن دين الإسلام ، أو يخاف عليه الفساد كعبد يخاف أنه إذا أعتق واحتاج سرق وفسق وقطع الطريق ، أو جارية يخاف منها الزنا والفساد كره اعتاقه ، وإن غلب على الظن أفضاؤه إلى هذا كان محرماً ، لأن التوصل إلى الحرام حرام ، وإن أعتقه صح لأنه اعتاق صدر من أهله في محله فصح كإعتاق غيره .

فصل

ويحصل العتق بالقول والملك والاستيلاد ، ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى ، ولا يحصل بالنية المجردة لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كسائر الإزالة ، وألفاظه تنقسم إلى صريح وكناية ، فالصريح لفظ الحرية والعتق وما تصرف منهما نحو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق أو أعتقتك لأن هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة ، وهما يستعملان في العتق عرفاً فكأننا صريحين فيه ، فتنى أتى بشيء من هذه الألفاظ حصل به العتق ، وإن لم ينو شيئاً عتق أيضاً

قال أحمد في رجل لقي امرأة في الطريق فقال تنحى يا حرة فإذا هي جاريته قال قد عتقت عليه ، وقال في رجل قال لخدم قيسام في ولية مروا أنتم أحرار ، وكانت معهم أم ولد له لم يعلم بها ، قال هذا عندي تعتق أم ولده ، ويحتمل أن لا تعتق في هذين الموضعين لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق فلم تعتق بها ، كما لو قال عبدي حر ، يريد أنه عفيف كريم الأخلاق ، وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده فأشبهه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غـيرها فقال أنت طالق ، يحسبها التي

ناداهما فانها لا تطلق على رواية فكذا ههنا ، فاما ان قصد غير العتق كالرجل يقول عبد هذا حر ، يريد عفته وكرم أخلاقه أو يقول لعبدهما أنت الا حر ، أى انك لا تطيعن ولا ترى لى عليك حقا ولا طاعة فلا يعتق فى ظاهر المذهب .

قال حنبل : سئل أبو عبد الله عن رجل قال اغلامه أنت حر وهو بعاتبه ؟ فقال إذا كان لا يريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد أن يكون حراً أو كلاماً نحو هذا رجوت أن لا يعتق ، وأنا أهاب المسألة لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فانصرف اليه ، كما لو نوى بكناية العتق العتق ، وبهذا قال الثوري وابن المنذر ، قال وان طالب استحلافه حلف وبيان احتمال اللفظ لما أراده أن المرأة الحرة تمدح بهذا ، فيقال امرأة حرة يعنون عفيفة ، وتمدح المملوكة به أيضا ، ويقال للحي الكريم الأخلاق حر ، قالت سبيعة ترى عبد المطلب :

ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة ويوم على حر كريم الشامل

وأما الكناية فنحو قوله لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك وأنت سائبة واذهب حيث شئت وقد خليتك ؛ فهذا ان نوى به العتق عتق لأنه يحتمله ، وان لم ينو به لم يعتق لأنه يحتمل غيره ، ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال وذكر القاضى وأبو الخطاب فى قوله لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك روايتين إحداهما : أنه صريح . والثانية : أنه كناية وهو الصحيح لما ذكرناه ، فاما ان قال لا رقى لى عليك ولا ملك لى عليك وأنت لله ، فقال القاضى هو صريح نص عليه أحمد ، وذكر أبو الخطاب فيه روايتين ، ولا خلاف فى المذهب أنه يعتق به إذا نوى ، ومن قال يعتق بقوله أنت لله إذا نوى الشعبى والمسيب بن رافع وحامد والشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يعتق به لأن مقتضاه أنت عبد الله أو مخلوق لله ، وهذا لا يقتضى العتق .

ولنا أنه يحتمل أنه حر لله أو عتيق لله أو عبد لله وحده لست بعبد لى ولا لأحد سوى الله ، فإذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات ، وما ذكروه لا يصح لأن احتمال ما ذكروه لا يمنع احتمال ما ذكرناه ، بدليل سائر الكنايات فإنها تحتمل العتق وغيره ، ولو لم تحتمل الا العتق لكانت صريحة فيه ، وما يحتمل

أمرين انصرف الى أحدهما بالنية ، وهذا شأن الكنايات ، وما ذكرناه من الاحتمال يدل على أن هذا ليس بصريح وإنما هو كناية .

وقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك خبر عن انتفاء ملكه ورقه لم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق فلم يكن صريحاً فيه ، كقوله ما أنت عبيد ولا مملوكي ، وقوله لامراته ما أنت امرأتى ولا زوجتى .

(فصل)

وان قال لامته انت طالق ينوى العتق به فقيه روايتان ، إحداهما : لا تعتق به وهو قول أبي حنيفة ، لان الطلاق لفظ وضع لازالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة ، كفسخ الاجارة ، ولان ملك الرقبة لا يستدرك بالرجعة فلا ينحل بالطلاق كسائر الاملاك .

والرواية الثانية : هو كناية تعتق به الامة إذا نوى العتق ، وهو قول مالك والشافعي ، لان الرق احد المملكين على الأدمى فيزول بلفظ الطلاق كالآخر ، او فيكون اللفظ الموضوع لازالة أحدهما كناية في ازالة الآخر كالحرية في ازالة النكاح ، ولان فيه معنى الاطلاق فإذا نوى به إطلاقها من ملكه فقد نوى بلفظه ما يحتمله فتحصل به الحرية كسائر كنايات العتق .

(فصل) فإن قال لا كبر منه : او لمن لا يولد لمثله هذا ابني ، مثل ان يقول من له عشرون سنة لمن له خمس عشرة سنة هذا ابني لم يعتق ولم يثبت نسبه ، وقال ابو حنيفة يعتق ؛ وخرجه ابو الخطاب وجهاً لنا لانه اعترف بما ثبت به حرية فاشبهه ما لو اقر بها .

ولنا انه قول يتحقق كذبه فيه ، فلم تثبت به الحرية ، كما لو قال لطفل هذا ابني او لطفلة هذه امي ، قال ابن المنذر : هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه احد اليه ولا تبعه احد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقينا ، ولو جاز هذا لجاز ان يقول الرجل لطفل هذا ابني ، ولانه لو قال لزوجته وهي اسن منه هذه ابنتي او قال لها وهو اسن منها هذه امي لم تطلق ، كذا هذا .

(فصل) فإن قال لامته انت حرام على ينوى به العتق عتقت ، وذكر ابو الخطاب ان فيها رواية اخرى لا تعتق كقوله لما انت طالق ، والصحيح انها

تعتق به ، لأنه يحتمل أنت حرام على لكونك حرة فتعتق به ، كقوله لا سبيل لي عليك .

(فصل) ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه في المال ، وهو البالغ العاقل الرشيد ، سواء كان مسـلباً أو ذمياً أو حريباً ، ولا نعلم في هذا خلافاً إلا عن أبي حنيفة ومن وافقه في أن عتق الحربي لا يصح لأنه لا ملك له على التمام بدليل إباحة أخذ الجزية منه وانتفاء عصمته في نفسه وماله .

ولنا أنه يصح طلاقه فصح إعتاقه كالذمي ، ولأنه مالك بالغ عاقل رشيد فصح اعتاقه كالذمي ، وقولهم لا ملك له لا يصح ، فإنهم قد قالوا إنهم يملكون أموال المسلمين بالقهر فلأن ثبت الملك لهم في غير ذلك أولى .

فصل

ولا يصح من غير جائز التصرف فلا يصح عتق الصبي والمجنون . قال ابن المنذر : هذا قول عامة أهل العلم ، ومن حفظنا عنه ذلك الحسن والشعبي والزهري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ ، ولأنه تبرع بالمال فلم يصح منهما كالهبة ، ولا يصح عتق السفينة المحجور عليه ، وهو قول القاسم بن محمد . وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يصح عتقه قياساً على طلاقه وتدييره .

ولنا أنه محجور عليه في ماله لحظ نفسه فلم يصح عتقه كالصبي ، ولأنه تصرف في المال في حياته فأشبهه ببيعه وهبته ، ويفارق الطلاق لأن الحجر عليه في ماله والطلاق ليس بتصرف فيه ، ويفارق التديير لأنه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت ، ولهذا صحّت وصيته ولم تصح هبته المنجزة ، وعتق السكران مبني على طلاقه وفيه من الخلاف ما فيه ، ولا يصح عتق المكره كما لا يصح طلاقه ولا بيعه ولا شيء من تصرفاته .

(فصل) ولا يصح العتق من غير المالك ، فلو أعتق عبيد ولده الصغير أو يتيمه الذي في حجره لم يصح ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر . وقال مالك يصح عتق عبد ولده الصغير لقوله صلى الله عليه وسلم : أنت ومالك لأبيك ، ولأن له

عليه ولاية وله فيه حق فصح إعتاقه كإله . ولما أنه عتق من غير مالك فلم يصح كإعتاق عبد ولده الكبير . قال ابن المنذر : لما ورث الله الأب من مال ابنه السدس مع ولده دل على أنه لا حق له في سائرته .

وقوله صلى الله عليه وسلم : أنت ومالك لأبيك ، لم يرد به حقيقة الملك ، وإنما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك وإمكان الأخذ من مالك وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه ، ولهذا لا ينفذ إعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ من امتناع إعتاق عبده ، ولأنه إنما أثبت الولاية عليه لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينميه له ويقوم بمصالحه التي يعجز الصبي عن القيام بها ، وإذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التصديق والتفريط بإعتاق رقيقه والتبرع بماله ، ولو قال رجل لعبد آخر أنت حر من مالى فليس بشيء ، فإن اشتراه بعد ذلك فهو مملوك ولا شيء عليه . وبهذا قال مالك والشافعي وعامة الفقهاء ولو بلغ رجلاً أن رجلاً قال لعبده أنت حر من مالى ، فقال قد رضيت فليس بشيء وبهذا قال الثوري وإسحاق .

« مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا كان العبد بين ثلاثة فأعتقوه معاً أو وكل نفسان الثالث أن يعتق حقوقهما مع حقه ففعل أو أعتق كل واحد منهم حقه وهو معسر فقد صار حراً وولاؤه بينهم أثلاثاً) »

وجملته أن العبد متى كان لثلاثة فأعتقوه معاً إما بأنفسهم بأن يتلفظوا بعتقه معاً أو يعلقوا عتقه على صفة واحدة فتوجد ، أو يوكّلوا واحداً فيعتقه أو يوكل نفسان منهم الثالث فيعتقه فإنه يصير حراً وولاؤه بينهم على قدر حقوقهم فيه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إنما الولاء لمن أعتق ، وكل واحد منهم قد أعتق حقه فيثبت له الولاء عليه ، وهذا لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، فأما إن أعتقه سادته الثلاثة واحداً بعد واحد وهم معسرون ، أو كان المعتقان الأولان معسرين والثالث موسراً فالصحيح فيه أنه يعتق على كل واحد منهم حقه وله وولاؤه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكى ابن المنذر فيها إذا أعتق المعسر نصيبه قولين شاذين

أحدهما أنه باطل لأنه لا يمكن أن يعتق نصفه منفرداً إذ لا يمكن أن يكون إنسان نصفه حر ونصفه عبد كما لا يمكن أن يكون نصف المرأة طالقاً ونصفها زوجة ولا سبيل إلى اعتناق جميعه فبطل كله .

والثاني : يعتق كله وتكون قيمة نصيب الذي لم يعتق في ذمة المعتق يتبع بها إذا أيسر كما لو أتلفه ، وهذان القولان شاذان لم يقلهما من يحتاج بقوله ولا يعتمد على مذهبه ويردهما قول النبي صلى الله عليه وسلم : من أعتق شركاً له في عبد فكان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد والا فقد عتق منه ما عتق ، متفق عليه .

وإذا ثبت أنه لا يعتق على المعسر إلا نصيبه فبأق العبد على الرق ، وإذا أعتقه مالك عتق بإعتاقه وكان لكل واحد منهم ولاء ما أعتق لأن الولاء لمن أعتق ، ويفارق العتق الطلاق لكون المرأة لا يمكن الاشتراك فيها ولا ورود النكاح على بعضها ولا تكون إلا لواحد ، فنظيره إذا كان العبد لواحد فأعتق جزءاً منه فإنه يعتق جميعه .

(فصل) وإذا قال كل واحد من الشركاء للعبد إذا دخلت الدار فنصيب منك حر فدخل عتق عليهم جميعاً ، سواء قالوا ذلك دفعة واحدة أو في دفعات متفرقة لأن العتق في أنصبتهم يقع دفعة واحدة وإن اختلفت أوقات تعليمه .

مسألة ، قال (ولو أعتقه أحدهم وهو موثر عتق كله وصار لصاحبه عليه قيمة ثلثيه)

وجملته أن الشريك إذا أعتق نصيبه من العبد وهو موثر عتق نصيبه ، لا نعلم خلافاً فيه لما فيه من الأثر ، ولأنه جائز التصرف أعتق ملكه الذي لم يتعلق به حق غيره فنفذ فيه ، كما لو أعتق جميع العبد المملوك له ، وإذا أعتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه فصار جميعه حراً ، وعلى المعتق قيمة أنصباء شركائه والولاء له ، وهذا قول مالك وابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري والشافعي وأبي يوسف ومحمد وإسحاق .

وقال البتي : لا يعتق إلا حصة المعتق ونصيب الباقيين باق على الرق ولا شيء .

على المعتق لما روى ابن التلب عن أبيه ، أن رجلا أعتق شقصا له في مملوك فلم يضمه النبي صلى الله عليه وسلم ، ذكره احمد ورواه ، ولأنه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق ، الا ان تكون جارية نفسه يغالى فيها فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذى أدخله على شريكه .

وقال أبو حنيفة : لا يعتق الا حصة المعتق ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء : إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ .

ولنا الحديث الذى روينا ، وهو حديث صحيح متفق عليه ، ورواه مالك في موطنه عن نافع عن ابن عمر ، فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم العتق في جميعه ، وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق الموصر عليه ولم يجعل له خيرة ولا غيره وروى قتادة عن ابى المليلح عن أبيه ، أن رجلا من قومه أعتق شقصا له من مملوك ، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل خلاصه عليه في ماله وقال : ليس لله شريك ،

قال أبو عبد الله : الصحيح أنه عن ابى المليلح عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل وليس فيه عن أبيه ، هذا معنى كلامه ، وقول البتى شاذ يخالف الاخبار كلها فلا يعول عليه ، وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعا بين الاحاديث وقياس العتق على البيع لا يصح فإن البيع لا يسرى فيما إذا كان العبد كله له والعتق يسرى فإنه لو باع نصف عبده لم يسر ولو أعتق نصفه عتق كله .

وإذا ثبت هذا فإن ولاؤه يكون له ، لأنه عتق بإعتاقه من ماله . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : إنما الولاء لمن أعتق ، ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه .

(فصل) ولا فرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين أو بعضهم مسلما وبعضهم كافرا ، ذكره القاضى وهو قول الشافعى

وقال أبو الخطاب فى الكافر وجه أنه اذا أعتق نصيبه من مسلم أنه لا يسرى الى باقيه ولا يقوم عليه لأنه لا يصح شراء الكافر عبدا مسلما .

ولنا عموم الخبر ولأن ذلك ثبت لازالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب والغرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التملك

بخلاف الشراء ، ولو قدر أن ههنا تمليكاً لكان تقديراً في أدنى زمان حصل ضرورة
تحصيل العتق ولا ضرر فيه ، فإن قدر فيه ضرر فهو مغمور بالنسبة إلى ما يحصل من
العتق فوجوده كالعدم ، وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق
والله تعالى أعلم .

« مسألة ، قال (فإن أعتقه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لها فيه
عتق لأنه قد صار حراً بعتق الأول له)

يعنى أن العتق يسرى إلى جميعه باللفظ لا بدفع القيمة فيعتق كله حين لفظ
بالعتق ويصير حراً وتستقر القيمة عليه فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره ، وهذا قال
ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن المنذر
والشافعي في قول له ، واختاره المزني ؛ وقال الزهري وعمر بن دينار ومالك
والشافعي في قول له : لا يعتق إلا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكاً لصاحبه
ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق ، وهذا مقتضى قول أبي حنيفة ،
واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه
حصصهم وعتق جميع العبد »

وفي لفظ رواه أبو داود « فإن كان موسراً يقوم عليه قيمة عدل لا وكس
ولا شطط ثم يعتق ، فجعله عتيقاً بعد دفع القيمة ، ولأن العتق إذا ثبت بعوض
ورد الشرع به مطلقاً لم يعتق إلا بأداء كالمكاتب ، وللشافعي قول ثالث أن العتق
مراعى ، فإن دفع القيمة تبيناً أنه كان عتق من حين أعتق نصيبه ، وإن لم يدفع
القيمة تبيناً أنه لم يكن عتق لأن فيه احتياطاً لهما جميعاً .

ولنا حديث ابن عمر روى بالفاظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ
فمنهما لفظ رواه أيوب عن نافع عن ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
من أعتق شركاً له في عبد فكان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق » رواه
البخاري وأبو داود والنسائي ، وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر
« فكان له مال فقد عتق كله » وفي رواية ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر
« وكان الذي يعتق ما يبلغ ثمنه فهو يعتق كله »

وروى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أعتق شقصا في مملوك فهو حر من ماله ، وهذه نصوص في محل النزاع فإنه جعله حراً وعتيقاً بإعتاقه مشروطاً بكونه موسراً ، ولأنه عتق بالسرايه فكانت حاصلة عقيب لفظه ، كما لو أعتق حراً من عبيده ، ولأن القيمة معتبرة وقت الاعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الاعتاق ، وعند الشافعي لا ينفذ بالاعتاق أيضا فدل على أن العتق حصل فيه بالاعتاق الأول ، فأما حديثهم فلا جبة لهم فيه فإن الواو لا تقتضي ترتيباً ، وأما العطف بهم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب ، فإنها قد ترد لغير الترتيب كقوله تعالى (ثم الله شهيد على ما يفعلون) وأما العروض فإنما وجب عن المثلث بالاعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الاعتاق وعدم اعتبار التراضي فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة .

فإذا ثبت هذا فإن الشريكين إذا أعتقاه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق ولا لهما عليه ولاء وولاؤه كله للمعتق الأول وعليه القيمة لأنه قد صار حراً باعتاقه ، وعند مالك يكون ولاؤه بينهم أثلاثاً ولا شيء على المعتق الأول من القيمة ، ولو أن المعتق الأول لم يؤد القيمة حتى أفلس عتق العبد وكانت القيمة في ذمته ديناً يزاحم بها الشريكان عندنا ، وعند مالك لا يعتق منه إلا ما عتق ولو كان المعتق جارية حاملاً فلم تؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق إلا قيمتها حين أعتقها لأنه حينئذ حررها ، وعند مالك يقوم ولدها أيضا ، ولو تلف العبد قبل أداء القيمة مات حراً والقيمة على المعتق لأنه فوت عليه رقه ، وعند مالك لا شيء على المعتق ما لم يقوم ويحكم بقيمته فهو في جميع أحكامه عبد .

(فصل) والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق لأنه حين الاتلاف ، وهو أحد أقوال الشافعي ، وللشريك مطالبة المعتق بالقيمة على الأقوال كلها فإن اختلفا في قدرها رجع إلى قول المقومين ، فإن كان العبد قد مات أو غاب أو تأخر تقويمه زمنا اختلف فيه القيم ولم تكن بينة فالقول قول المعتق لأنه يسكر الزيادة والاصل برامة ذمته منها ، وهذا أحد قول الشافعي ، وإن اختلف في صناعة في العبد توجب

زيادة القيمة فالقول قول المعتق لذلك إلا أن يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يرض زمن يمكن تعلمها فيه فالقول قول الشريك لأننا علمنا صدقه ، وإن مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان .

أحدهما : القول قول المعتق ؛ لأن الأصل براءة ذمته .

والثاني . القول قول الشريك لأن الأصل بقاء ما كان وعدم الحدوث ، وإن اختلفا في عيب ينقص القيمة كسرقة أو إباق فالقول قول الشريك لأن الأصل السلامة فبالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب ، وإن كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا في حدوثه فالقول قول المعتق لأن الأصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه ، ويحتمل أن يكون القول قول الشريك لأن الأصل براءته من العيب حين الاعتاق

(فصل)

والمعتبر في اليسار في هذا أن يكون له فضل عن قوته يومه وليلته وما يحتاج إليه من حوائجه الأصلية من الكسوة والمسكن وسائر ما لا بد له منه يدفعه إلى شريكه ، ذكره أبو بكر في التنبيه ، وإن وجد بعض ما يفي بالقيمة قوم عليه قدر ما يملك منه ، ذكره أحمد في رواية ابن منصور وهو قول مالك .

وقال أحمد : لا تباع فيه دار ولا ربايع ومقتضى هذا أن لا يباع له أصل مال وقال مالك والشافعي يباع عليه سوار بيته وماله بال من كسوته ويقضى عليه في ذلك ما يقضى عليه في سائر الدعاوى ، والمعتبر في ذلك حال تلفظه بالمعتق لأنه حال الوجوب ؛ فإن أيسر المعسر بعد ذلك لم يسر اعتاقه وإن أعسر الموسر لم يسقط ما وجب عليه لأنه وجب عليه فلم يسقط بإعساره كدين الاتلاف ، نص على هذا أحمد .

(فصل) إذا قال أحد الشريكين لشريكه إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر مع نصيبك فأعتق نصيبه عتقا معا ولم يلزم المعتق شيء ، وقيل . يعتق كله على المعتق لأن اعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه فيلزم أن يكون سابقا عليه والأول أولى لأنه أمكن العمل بمقتضى شرطه فوجب حمله عليه ، كما لو وكله في اعتاق

نصيبه مع نصيبه فأعتقها معا ، وان قال إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر فقال أصحابنا إذا أعتق نصيبه مرى وعتق عليه كله وقوم عليه ولا يقع إعتاق شريكه لأن السراية سبقت فمنعت عتق الشريك ، ويحتمل أن يعتق عليهما جميعاً لأن عتق نصيبه سبب للسراية وشرط لعتق نصيب الشريك فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودهما في حال واحد ، وقد يرجح وقوع عتق الشريك لأنه تصرف منه في ملكه والسراية تقع في غير الملك على خلاف الأصل فكان نفوذ عتق الشريك أولى ، ولأن سراية العتق على خلاف الأصل لكونها إتلافاً للملك المعصوم بغير رضاه وإلزاماً للمعتق غرامة لم يلزمها بغير اختياره ، وإنما يثبت لمصلحة تكميل العتق فإذا حصلت هذه المصلحة بإعتاق المالك كان أولى .

وان قال إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر قبل إعتاقك نصيبك وقعا معا إذا أعتق نصيبه ، وهذا مقتضى قول أبى بكر والقاضى ، ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على المعتق ولا يقع إعتاق شريكه لأنه أعتق في زمن ماضى ، ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه من قال بسراية العتق أن لا يصح إعتاقه لأنه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع إعتاق نصيب هذا ويمتنع عتق نصيب الشريك ويفضى الى الدور فيمتنع الجميع ، وقد مضى الكلام في هذا في مسائل الطلاق والله تعالى أعلم .

مسألة ، قال (وان أعتقه الأول وهو معسر ، وأعتقه الثانى وهو موسر عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه وكان ثلث ولأئيه للمعتق الأول وثلثاه للمعتق الثانى)

ظاهر المذهب أن المعسر اذا أعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر الى نصيب شريكه بل يبقى على الرق ، فإذا أعتق الثانى نصيبه وهو موسر عتق عليه جميع مابقى منه نصيبه بالمياسرة ونصيب شريكه الثالث بالسراية وصار له ثلثا ولأئيه وللأول ثلثه ، وهذا قول اسحاق وأبى عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك والشافعى على الوجه الذى بيناه من قولها فيما مضى .
وروى عن عروة أنه اشترى عبداً أعتق نصفه وكان عروة يشاهره شهر عبده

وشهر حر ، وروى عن أحمد أن المعسر اذا أعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة حصة الباقيين حتى يؤديها فيعتق ، وهو قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والأوزاعي وأبي يوسف ومحمد لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقة صا له في مملوك فعليه أن يعتقه كله ان كان له مال والا استسعى العبد غير مشقوق عليه ، متفق عليه ورواه أبو داود .

وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة : فإذا استسعى في نصف قيمته ثم أيسر معتقه رجع عليه بنصف القيمة لأنه هو ألجأه الى هذا وكلفه إياه .
وعن أبي يوسف ومحمد أنهما قالا : يعتق جميعه وتسكون قيمة نصيب الشريك في ذمته لأن العتق لا يتبعض ، فإذا وجد في البعض سرى الى جميعه كالطلاق ، ويلزم المعتق القيمة لأنه المتلف لنصيب صاحبه بإعتاقه فوجبته قيمته في ذمته كما لو أتلفه بقتله .

وقال أبو حنيفة : لا يسرى العتق وانما يستحق به اعتاق النصيب الباقي فيتخير شريكه بين اعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين أن يستسعى العبد في قيمة نصيبه فاذا أداه اليه عتق الولاء بينهما .

ولنا حديث ابن عمر وهو حديث صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولأن الاستسعاء إعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ولأن في الاستسعاء إضرارا بالشريك والعبد .

أما الشريك فانا نحمله على سعاية لعله لا يحصل منها شيء أصلا وان حصل فربما يكون يسيرا متفرقا ويفوت عليه ملكه ،

وأما العبد : فانا نجبره على سعاية لم يرد لها وكسب لم يختره ، وهذا ضرر في حقهما ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » .

وقال سليمان بن حرب أليس انما ألزم المعتق ثمن ما بقي من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر ؟ فاذا أمره بالسعى وإعطائه كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأى ضرر أعظم من هذا ؟

فاما حديث الاستسعاء فقال الاثزم ذكره سليمان بن حرب فطعن فيه وضمه

وقال أبو عبد الله : ليس في الاستسعاء ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم وحديث أبي هريرة يرويه ابن أبي عروة ، وأما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكرهما ، وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية .

قال أبو داود وهمام أيضا لا يقوله قال المروزي : وضعف أبو عبد الله حديث سعيد ، قال ابن المنذر لا يصح حديث الاستسعاء ، وذكر همام أن ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة ، وفرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله (ص) وقول قتادة قال بعد ذلك فكان قتادة يقول : ان لم يكن له مال استسعى .

قال ابن عبد البر : حديث أبي هريرة بدور على قتادة ، وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة في قتادة ، فالقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم بالحديث اذا خالفهم غيرهم .

فأما قول أبي حنيفة ، وقول صاحبيه الآخر : فلا شيء معهم يحتاجون به من حديث قوى ولا ضعيف بل هو مجرد رأى ونحكم بخالف الحديثين جميعا ، قال ابن عبد البر : لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ولا حديث أبي هريرة على وجهه ، وكل قول يخالف السنة فردود على قائله والله المستعان .

فصل

إذا قلنا بالسعاية احتمال ألا يعتق كله ، وتكون القيمة في ذمة العبد دينا يستسعى في أدائها وتكون أحكامه أحكام الأحرار ، فإن مات وفي يده مال كان لسيده بقية السعاية وباقي ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد ، ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية فيكون حكمه قبل أدائها حكم من بعضه رقيق اذا مات فللشريك الذي لم يعتق من ماله مثل ما يكون له على قول من لم يقل بالسعاية لأنه إعتاق بأداء مال فلم يعتق قبل أدائه كالمكاتب وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة : يرجع العبد على المعتق اذا أيسر لأنه كلفه السعاية بإعتاقه . ولنا أنه حق لزوم العبد في مقابلة حرية فلم يرجع به على أحد كالمكاتب ولا أنه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في العوض ككسائر الحقوق الواجبة عليه .

« مسألة ، قال (ولو كان المعتق الثاني معسراً عتق نصيبه منه وكان ثلثه رقيقاً لمن لم يعتق ، فإن مات وفي يده مال كان ثلثه لمن لم يعتق وثلثاه للمعتق الاول والمعتق الثاني بالولاء إذا لم يكن له وارث أحق منهما)

إنما كان كذلك لأن المعسر لا يعتق إلا نصيبه ، والاول والثاني معسران فلم يعتق على كل واحد إلا نصيبه ونصيبهما الثلثان وبقي ثلثه رقيقاً للثالث . فإذا خلف العبد مالا فثلثه للذي لم يعتق لأنه مالك لثلثه ، وثلثاه ميراث لأنه ملكهما بجزءه الحر ، فإن كان له وارث نسب يرث ماله كله أخذه لأنه أحق من المعتق ، وإن لم يكن له وارث نسب فهو للمعتقين بالولاء ، وإن كان له ذو فرض يرث البعض أخذ فرضه منه وباقيه للمعتقين ، وهذا القول فيما إذا لم يكن مالك ثلثه قاسم العبد في حياته كسبه ولم يهايته .

فأما إن قاسمه أو هأياه فلا حق له في تركته لأنها حصلت بالجزء الحر فتكون جميعاً ميراثاً لورثته دون مالك ثلثه إذا لا حق له في الجزء الحر فلا يكون له حق فيما كسبه به ولا فيما ملكه به .

(فصل) ومن قال بالسعاية فإنه يستسعى حين أعتقه الاول ، فإذا أعتق الثاني نصيبه انبنى ذلك على القول في حريته هل حصلت بإعتاق الاول أو لا ؟ فمن جعله حراً لم يصحح عتق الثاني لأنه عتق بإعتاق الاول ومن لم يجعله حراً صحح عتق الثاني لأنه أعتق جزءاً مملوكاً له من عبيد ، وإذا مات قبل أداء سعيته فقد مات وثلثه رقيق فيكون حكمه في الميراث حكم ما ذكرنا في القول الآخر

(فصل)

وإذا حكمنا بعتق بعضه ورق باقيه فإن نفقته في حياته وفطرته واكسابه بينه وبين سيده على قدر ما فيه من الحرية والرق ، وإن تراضيا على المهايأة بينهما كانت نفقة العبد وكسبه في أيامه له وعليه ، وفي أيام سيده يكون كسبه لسيده ونفقته عليه ؛ فأما الاكساب النادرة كاللقطة والهبة والوصية ، فذكر القاضي أنها تدخل في المهايأة لأنها من اكسابه فأشبهت المعتادة . وذكر غيره من أصحابنا وجهاً آخر أنها لا تدخل في المهايأة وتكون بينهما على كل حال ، لأن المهايأة معاوضة

فكانه تعاوض عن نصيبه من كسبه في يوم سيده بنصيب سيده في يومه فلا تتناول المعاوضة المجهول ومالا يغلب على الظن وجوده ، فأما الميراث فلا يدخل في المماياة ولا يستحق سيده منه شيئا ، لانه إنما يرث بجزئه الحر ويملك هذا العبد بجزئه الحر جميع أنواع الملك ، ويرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية ، وقد مضى ذكر ذلك .

(فصل) ومن أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف صح عتقه بإجماع أهل العلم ، وإن أعتق بعضه عتق كله في قول جمهور العلماء ، وروى ذلك عن عمر وابنه رضى الله عنهما ، وبه قال الحسن والحكم والأوزاعي والثوري والشافعي ، قال ابن عبد البر : عامة العلماء بالحجاز والعراق ، قالوا يعتق كله إذا أعتق نصفه . وقال طاوس يعتق في عتقه ويرق في رقه . وقال حماد وأبو حنيفة : يعتق منه ما أعتق ويسعى في باقيه ، وخالف أبا حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعيه . وروى عن مالك في رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات ، فقال : أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً لانه تصرف في بعضه فلم يسر الى باقيه كالبيع . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : من أعتق شركاً له في عبد فكان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وعتق عليه جميع العبد ، وإذا أعتق عليه نصيب شريكه كان بينهما على عتق جميعه اذا كان كله ملكاً له ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : من أعتق شقصاً له في مملوك فهو حر من ماله ، ولأنه إزالة ملك لبعض مملوكه الأدمى فزال عن جميعه كالطلاق ، ويفارق البيع فانه لا يحتاج الى السعاية ولا ينبنى على التغليب والسراية .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يعتق جزءاً كبيراً كنصفه وثلاثة أو صغيراً كعشره وعشر عشره ، ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بسراية العتق اذا كان مشاعاً ، وإن أعتق جزءاً معيناً كراسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضاً ، وبهذا قال قتادة والشافعي وإسحاق . وقال أصحاب الرأي : إن أعتق رأسه أو ظهره أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله لأن حياته لا تبقى بدون ذلك ، وإن أعتق يده أو عضواً تبقى حياته بدونها لم يعتق لانه يمكن إزالة ذلك مع بقاءه فلم يعتق بإعتاقه كشمرة أو سنه .

ولنا أنه أعتق عضوا من أعضائه فيعتق جميعه كراسه ، فاما إذا أعتق شعره أو سنه أو ظفره لم يعتق . وقال قتادة والليث في الرجل يعتق ظفر عبده يعتق كله لأنه جزء من أجزائه أشبه أصبعه .

ولنا أن هذه الأشياء تزول ويخرج غيرها فاشبهت الشعر والريق ، وقد ذكر ذلك في الطلاق ، وما ذكر في الطلاق فالتناق مثله والله أعلم

« مسألة » قال (وإذا كان العبدان شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه ، فإن كانا معسرين لم يقبل قول كل واحد منهما على شريكه ، فإن كانا عدلين كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً)

أما إذا كان الشريكان معسرين فليس في دعوى أحدهما على صاحبه إعتاق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء لاستحقاق قيمته على المعتق لكون عتق المعسر يقف على نصيبه ولا يسرى الى غيره فلم يكن في دعواه أكثر من أنه شاهد على صاحبه بإعتاق نصيبه ، فإن لم يكونا عدلين فلا أثر لكلامهما في الحال ولا عبرة بقولهما ، لأن غير العدل لا تقبل شهادته ، وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة ؛ لأن كل واحد منهما لا يجر الى نفسه بشهادته نفعا ولا يدفع بها ضررا ، وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل ، فإن حلف معهما عتق كله وإن حلف مع أحدهما صار نصفه حراً على الرواية التي تقول ان العتق يحصل بشاهد ويمين وإن لم يحلف مع واحد منهما لم يعتق منه شيء لأن العتق لا يحصل بشاهد من غير يمين بلا خلاف نعليه ، وإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر ، فله أن يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حراً ويبقى نصفه الآخر رقيقاً .

(فصل)

ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف بأن نصيبه قد خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستسعى في قيمته لاعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه .

(فصل) وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر الى النصف الذي كان له لأن عتقه حصل باعترافه بحريته بإعتاق شريكه ولا يثبت له عليه

ولاء لانه لا يدعى إعتاقه بل يعترف بأن المعتق غيره ، وإنما هو مخلص له من يسترقه ظلما فهو كمنخلص الأسير من أيدي الكفار .

وقال أبو الخطاب يسرى لانه شراء حصل به الاعتاق فأشبهه شراء بعض ولده وإن أكذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه لم يقبل منه لانه رجوع عن الإقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه ، وهل يثبت له الولاء عليه ان أعتقه ؟ يحتمل أن لا يثبت لما ذكرنا ، ويحتمل أن يثبت لأننا نعلم أن على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينازعه فيه فوجب أن يقبل قوله فيه ، وإن اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حرا لا ولاء عليه لواحد منهما ، فإن أعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له الولاء على من أعتقه ؟ على وجهين ، وإن أقر كل واحد منهما بأنه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر في شهادته بطل البيعان ويثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه لان أحدا لا ينازعه فيه ، وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء ، ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وإن لم يكذب واحد منهما نفسه لأننا نعلم أن الولاء عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما وأنه بينهما أما بالعتق الاول وأما بالثاني لانهما ان كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي أعتقه أولا ، وإن كانا كاذبين فقد أعتق كل واحد منهما نصفه بعد أن اشتراه وإن كان أحدهما صادقا والآخر كاذبا فلا ولاء للصادق منهما لانه لم يعتق النصف الذي كان له أولا ولا صح عتقه في الذي اشتراه لانه كان حرا قبل شرائه والولاء كله للكاذب لانه أعتق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه فأعتقه وكل واحد منهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما

(فصل)

وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه . وإن شهد اتنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه أو أحدهما عتق ، وبهذا قال الاوزاعي ومالك والشافعي وابن المنذر ، وهو قياس قول أبي حنيفة . ولا يثبت للمشتري ولاء على العبد لانه لا يدعيه ولا للبائع لانه ينكر عتقه ، ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا موثرين فعتق

عليهما أو كانا معسرين عدلين فحلف العبد مع كل واحد وعتق ، أو شهد مع كل واحد منهما عدل آخر وعتق العبد أو ادعى عبد أن سيده أعتقه فأنكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد في هذه المواضع كلها لأن أحدا لا يدعيه ولا يثبت لأحد حق ينكره ، فإن عاد من ثبت إعتاقه فاعترف به ثبت له الولا . لأنه لا مستحق له سواء ، وإنما لم يثبت له لإنكاره له ، فإذا اعترف زال الإنكار وثبت له .

وأما الموسران إذا أعتق عليهما فإن صدق أحدهما صاحبه في أنه أعتق نصيبه وحده أو أنه سبق بالعتق فالولا له وعليه غرامة نصيب الآخر ، فإن اتفقا على أن كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة فالولا بينهما ، وإن ادعى كل واحد منهما أنه المعتق وحده أو أنه السابق بالعتق تحالفا وكان الولا بينهما نصفين .

« مسألة ، قال (وإن كان الشريكان موسرين فقد صار العبد حرا باعتراف كل واحد منهما بحريته وصار مدعيا على شريكه نصف قيمته ، فإن لم تكن بيته فيمين كل واحد منهما لشريكه)

وجه ذلك أن الشريكين الموسرين إذا ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق نصيبه فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصيبه الآخر لأنه يقول لشريكه أعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبي فعتق كله عليك ولزمك لي قيمة نصيبي فصار العبد حرا لا عترافهما بحريته وبقي كل واحد منهما يدعى قيمة حصته على شريكه ، فإن كان لأحدهما بيته حكم له بها ، وإن لم تكن بيته حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئنا فإن نكل أحدهما قضى عليه ، وإن نكلا جميعا تساقط حقاهما لتماثلهما ، ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاسقين والمسلمين والكافرين لتساوي العدل ، والفاسق والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى بخلاف التي قبلها .

(فصل) وإن كان أحد الشريكين موسرا والآخر معسرا عتق نصيب المعسر وحده لا عترافه بأن نصيبه قد صار حرا باعتراف شريكه الموسر الذي يسرى

عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لأنه يدعى أن المعسر الذي لا يسرى عتقه أعتق نصيبه خاصة فعتق وحده ، لا تقبل شهادة المعسر عليه لأنه يجر بشهادته الى نفسه نفعا لكونه يوجب عليه بشهادته نصف قيمته ، فعلى هذا ان لم تكن للعبد بينة سواء حلف الموسر وبرى من القيمة والعتق جميعاً ، ولا ولاء للمعسر في نصيبه لأنه لا يدعيه ولا للموسر لذلك أيضاً ، وان عاد المعسر فأعتقه وادعاه ثبت له ، وان أقر الموسر بإعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضاً وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاية ، وان كان للعبد بينة أجنبية تشهد بإعتاق الموسر وكانت عدلين ثبت العتق ووجبت القيمة للمعسر عليه ، وان كانت رجلاً واحداً حلف العبد معه ويثبت العتق في إحدى الروايتين ، والأخرى لا يثبت العتق وللمعسر أن يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه ، سواء حلف العبد أو لم يحلف لأن الذي يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين .

فصل

وان ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسراً عتق نصيب المدعى وحده لا عترافه بحريته بسراية عتق شريكه وصار مدعياً نصف القيمة على شريكه ولا يسرى لانه لا يعترف أنه المعتق له وإنما عتق باعترافه بحريته لا باعتاقه له ، ولا ولاء له عليه لإنكاره له ، قال القاضي وولاؤه موقوف .

وان كان المدعى عدلاً لم تقبل شهادته لانه يدعى نصف قيمته على شريكه فيجر بشهادته نفعا ، ومن شهد بشهادة يجر اليه بها نفعا بطلت شهادته كلها ، وأما ان كان المدعى عليه معسراً فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء ، وان كان المدعى عدلاً حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حراً .

وقال حماد : ان كان المشهود عليه موسراً سعى له وان كان معسراً سعى لها وقال أبو حنيفة : ان كان معسراً سعى العبد وولاؤه بينهما ، وان كان موسراً فولاؤه نصفه موقوف فان اعترف أنه أعتق استحق الولاية والا كان الولاية لبيت المال . (فصل) اذا قال أحد الشريكين ان كان هذا الطائر غراباً فنصيبى حر ، وقال

الآخر ان لم يكن غرابا فنصيبى حر وطار ولم يعلمنا حاله ، فان كانا موسرين عتق العبد كله ، وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا عتق نصيب المعسر وحده لما ذكرنا ، وان كانا معسرين لم يعتق نصيب واحد منهما لأنه لم يتعين الخنث فيه فان اشترى أحدهما نصيب الآخر عتق نصفه لائنا علمنا حرية نصفه ولم يسر الى النصف الآخر ، وان اشترى العبد أجنبى عتق نصفه لأن نصفه حر يقينا فلم يملك جميعه .

« مسألة ، قال (وإذا مات رجل وخلف ابنين وعبدان لا يملك غيرهما وهما متساويان فى القيمة ، فقال أحد الابنين أبى أعتق هذا . وقال الآخر : أبى أعتق أحدهما لا أدري من منهما أقرع بينهما ، فان وقعت القرعة على الذى اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه ان لم يحز الابن ان عتقه كاملا وكان الآخر عبدا ، وان وقعت القرعة على الآخر عتق منه ثلثه وكان لمن قرعنا بقوله فيه سدسه ونصف العبد الآخر ، ولاخيه نصفه وسدس العبد الذى اعترف أن أباه أعتقه فصار ثلث كل واحد من العبدان حرا)

هذه المسألة محمولة على أن العتق كان فى مرض الموت أو بالوصية لانه لو أعتقه فى صحته لعتق كله ولم يقف — على إجازة الورثة ، فأما اذا اعترف أنه أعتق أحدهما فى مرضه فلا يخلو من أربعة أحوال .

أما أن يعينا العتق فى أحدهما فيعتق منه ثلثاه ، لأن ذلك ثلث جميع ماله الا أن يحيزا عتق جميعه فيعتق .

الثانى : أن يعين كل واحد منهما العتق فى واحد غير الذى عينه أخوه فيعتق من كل واحد منهما ثلثه ، لأن كل واحد منهما حقه نصف — العبدان فيقبل قوله فى عتق حقه من الذى عينه وهو ثلثا النصف — الذى له وذلك هو الثلث ، ولانه يعترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله فى حقه منهما وهو الثلث ويبقى الرق فى ثلثه فله نصفه وهو السدس ونصف العبد الذى ينكر عتقه .

والحال الثالث : أن يقول أحدهما أبى أعتق هذا : ويقول الآخر : أبى أعتق أحدهما لا أدري من منهما — وهى مسألة الكتاب — فتقوم القرعة مقام تعيين

الذى لم يعين ، فإن وقعت على الذى عينه أخوه عتق منه ثلثاه كما لو عيناه بقولهما ،
وان وقعت على الآخر كان كما لو عين كل واحد منهما عبداً يكون لكل واحد
منهما سدس العبد الذى عينه ونصف العبد الذى ينكر عتقه فيصير ثلث كل واحد
من العبدين حراً .

الحال الرابع : أن يقولوا أعتق أحدهما ولا ندرى من منهما فانه يقرع بين
العبدین فمن وقعت عليه القرعة عتق منه ثلثاه ان لم يجزأ عتق جميعه وكان
الآخر رقيقا .

(فصل) فإن رجع الابن الذى جهل عين المعتق فقال قد عرفته قبل القرعة
فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل ، وان كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير
الحكم ، وان خالفها عتق من الذى عينه ثلثه بتعيينه ، فإن عين الذى عينه أخوه
عتق ثلثاه وان عين الآخر عتق منه ثلثه ، وهل يبطل العتق فى الذى عتق بالقرعة
على وجهين .

مسألة ، قال (وإذا كان لرجل نصف عبد ولاخر ثلثه ولاخر سدسه
فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً وهما موسران عتق عليهما وضمننا
حق شريكهما فيه نصفين وكان ولاؤه بينهما أثلاثاً ، لصاحب النصف ثلثاه
ولصاحب السدس ثلثه)

وجملته أن العبد اذا كان مشتركاً بين جماعه فأعتق اثنان منهم أو أكثر
وهم موسرون سرى عتقهم الى باقى العبد ويكون الضمان بينهم على عدد رؤوسهم
يتساوون فى ضمانه وولائه ، وبهذا قال الشافعى .

ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر أملاكهم وهو قول مالك فى احدى الروايتين
عنه لأن السراية حصلت بإعتاق ملكيهما وما وجب بسبب الملك كان على قدره
كالنفقة واستحقاق الشفعة .

ولنا أن عتق النصيب إتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساويان فى الضمان
كما لو جرح أحدهما جرحاً والآخر جرحين فمات منهما أو ألقى أحدهما جزءاً من

النجاسة في مائع وألقى الآخر جزأين ، ويفارق الشفعة فانها تثبت لإزالة الضرر عن نصيب الذي لم يبيع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ، ولأن الضمان ههنا لدفع الضرر منهما ، وفي الشفعة لدفع الضرر عنهما ، والضرر منهما يستويان في ادخاله على الشريك ، وفي الشفعة ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا .

وإذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما أثلاثا لأننا إذا حكمنا بأن الثلث معتق عليهما نصفين فنصف الثلث سدس إذا ضمناه إلى النصف الذي لأحدهما صار ثلثين وإذا ضمنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثا ، وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعا : لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ولصاحب السدس ربه والضمان بينهما كذلك .

فأما قوله فأعتقاه معا فلأنه شرط في الحكم الذي ذكرناه اجتماعهما في العتق بحيث لا يسبق أحدهما الآخر بأن يتلفظا به معا ، أو يوكل أحدهما صاحبه فيعتقهما معا ، أو يوكل كلاهما أو يعلقا عتقه على شرط فيوجد ، فإن سبق أحدهما صاحبه عتق عليه نصيب شريكه جميعا وكان الضمان عليه والولاء له كله .

وقوله وهما موسران شرط آخر ، فإن سراية العتق بشرط لها اليسار ، فإن كان أحدهما موسرا وحده قوم عليه جميع نصيب من لم يعتق ، لأن المعسر لا يسرى عتقه فيكون الضمان على الموسر خاصة ، فإن كان أحدهما يحدد بعض ما يخصه قوم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر ، مثل أن يحدد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف وبصير ولاؤه بينهم أرباعا لصاحب السدس ربه وباقيه لمعتق النصف ، لأنه لو كان أحدهما معسرا قوم الجميع على الآخر ، فإذا كان موسرا يعضه قوم الباقي على صاحب النصف - لأنه موسر

مسألة ، قال (وإذا كانت الأمة بين شريكين فأصابها أحدهما وأحبلها أدب ولم يبلغ به الحد وضمن نصف قيمتها لشريكه وصارت أم ولد له وولده حر وإن كان معسرا كان في ذمته نصف مهر مثلها وإن لم تحبل منه فعليه نصف

٢- مثلها على من ولدكها)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في تحريم وطء الجارية المشتركة لأن الوطء يصادف ملك غيره من غير نكاح ولم يحله الله تعالى في غير ملك ولا نكاح ، بدليل قوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم المادون) وأكثر أهل العلم لا يوجبون فيه حدا لأن له فيها ملكا فكان ذلك شبهة دارته للحد ، وأوجب أبو ثور لأنه وطء محرم لأجل كونه في ملك غيره فأشبهه ما لو لم يكن له فيها ملك .

ولنا أنه وطء صادف ملكه فلم يوجب به حد كوطء زوجته الحائض ويفارق ما لا ملك له فيها فإنه لا شبهة له فيها ، ولهذا لو سرق عينا له نصفها لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ، ولا خلاف في أنه يعزر لما ذكرناه في حجة أبي ثور ثم لا يخلو من حالين .

إما أن لا تحمل منه فهي باقية على ملكهما وعليه نصف مهر مثلها لأنه وطء سقط فيه الحد للشبهة فأوجب مهر المثل ، كما لو وطئها يظنها امرأته ، وسواء كانت مطاوعة أو مكرهة لما ذكرنا ، ولأن وطء جاريه غيره يوجب المهر وإن طاولعت لأن المهر ليسدها فلا يسقط بمطاوعتها ، كما لو أدبت في قطع عضو من أعضائها ، ويكون الواجب نصف المهر بقدر ملك الشريك فيها .

الحال الثاني : أن يجعلها وتضع ما يتبين فيه بعض خلق الإنسان فإنها تصير بذلك أم ولد للواطيء كما لو كانت خالصة له وتخرج بذلك من ملك الشريك كما تخرج بالاعتاق ، وسواء كان الواطيء موسرا أو معسرا لأن الإيلاد أقوى من الاعتاق ويلزمه نصف قيمتها لأنه أخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته ، كما لو أخرجه بالاعتاق أو الاتلاف ، فإن كان موسرا أداه وإن كان معسرا فهو في ذمته كما لو أتلفها والولد حر يلحق نسبه بوالده لأنه من وطء في محل له فيه ملك فأشبهه مالو وطئ زوجته .

وقال القاضي : الصحيح عندي أنه لا يقوم عليه نصيب شريكه إذا كان معسرا بل يصير نصفها أم ولد ونصفها قنا باقيا في ملك الشريك لأن الأحيال كالعتق ويجرى مجراه في التقويم والسراية فاعتبر في سرايته اليسار كالعتق وهذا قول أبي الخطاب أيضا ومذهب الشافعي .

فعلى هذا إذا ولدت احتمل أن يكون الولد كله حراً لاستحالة انعقاد الولد من حر وعبد ، واحتمل أن يكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، لأن نصف أمه أم ولد ونصفها قن لغير الواطىء ، فكان نصف الولد حراً ونصفه رقيقاً كولد المعتق بعضها ، وبهذا يتبين أنه لم يستحل انعقاد الولد من حر وقن .

ووجه قول الخرقى أن بعضها أم ولد فكان جميعها أم ولد كما لو كان الواطىء موسراً ، ويفارق الاعتاق فإن الاستيلاد أقوى ، ولهذا ينفذ من جميع المال من المريض ومن الصبي والمجنون ، والاعتاق بخلافه .

(فصل) قال أبو الخطاب : وهل تلزمه قيمة الولد ومهر الأمة ؟ على وجهين أحدهما لا يلزمه ذلك ، وهو ظاهر قول الخرقى لأنه لم يذكرهما ، لأن الأمة صارت مملوكة له فلم يلزمه مهر مملوكته ولا قيمة ولدها ، ولأن الولد خالق حراً فلم يقوم عليه ولده الحر .

والوجه الثانى يلزمه لشريكه نصف مهر مثلها ونصف قيمة ولدها لأن الوطء صادف ملك غيره ، وإنما انتقلت بالوطء الموجب للهر فيكون الوطء سبب الملك ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطء على ملكه فيكون فى ملك غيره فيوجب مهر المثل ، وفعله ذلك منع انخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المغرور .

وقال القاضى : ان وضعت الولد بعد التقويم فلا شيء على الواطىء لأنها وضعت فى ملكه وقت الوجوب حالة الوضع ولا حق للشريك فيها ولا فى ولدها وإن وضعت قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه ؟ على روايتين . ذكرهما أبو بكر واختار أنه تلزمه قيمته .

(فصل) ولا فرق بين أن يكون له فى الأمة ملك كثير أو يسير ، وقد ذكر الخرقى فيها إذا وطئ . جارية من المغنم أنها تصير أم ولد إذا أحبلها ، وإن كان إنما له فيها سهم يسير من أكثر من ألف سهم .

مسألة ، قال (وإن ملك سهماً من يعق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وكان لشريكه عليه قيمة جقه منه ، وإن كان معسراً لم يعق عليه إلا

مقدار ما ملك ، وإن ملك بعضه بالميراث لم يعتق منه إلا مقدار ما ملك ، موسراً
كان أو معسراً)

قد ذكرنا فيما تقدم أن من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، لما روى سمرة أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » رواه أبو داود
وابن ماجه والترمذى .

وروى ضمرة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضى الله عنهما
عن النبي صلى الله عليه وسلم : « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » ،
وسئل أحمد عن ضمرة فقال ثقة ، إلا أنه روى حديثين ليس لهما أصل .
أحدهما هذا الحديث . وروى عن إبراهيم عن الأسود عن عمر أنه قال : « من ملك
ذا رحم محرم فهو حر » ، وقد ذكرنا هذا وما فيه من الخلاف فيما تقدم ، فأما أن
ملك سهماً ممن يعتق عليه ، مثل أن يملك سهماً من ولده فإنه يعتق عليه
ماملك منه ، سواء ملكه بعوض أو بغير عوض كالهبة والاغتنام والوصية ،
وسواء ملكه باختياره كالذى ذكرناه أو بغير اختياره كالميراث لأن كل ما يعتق به
الكل يعتق به البعض كالاتفاق بالقول ، ثم ينظر فإن كان معسراً لم يسر العتق
واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي لأنه لو أعتقه بقوله لم يسر إعتاقه مع تصريحه
بالعتق وقصده إياه فهنا أولى .

وإن كان موسراً وكان الملك باختياره كالمملك بغير الميراث سرى إلى باقيه
فعتق جميع العبيد ولزمه لشريكه قيمة باقيه لأنه فوته عليه ، وبهذا قال مالك
والشافعى وأبو يوسف ، وقال قوم لا يعتق عليه إلا ما ملك ، سواء ملكه بشراء
أو غيره لأن هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه فلم يسر
كما لو ملكه بالميراث وفارق ما أعتقه لأنه فعله باختياره قاصداً إليه .

ولنا أنه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصداً إليه فسرى ولزمه الضمان كما لو
وكل من أعتق نصيبه وفارق الميراث فإنه حصل من غير قصده ولا فعله ، ولأن من
باشر سبب السراية اختياراً لزمه ضمانها كمن جرح إنساناً فسرى جرحه ، ولأن
مباشرة لها يسرى وتسببه إليه في لزوم حكم السراية واحد بدليل استواء الحافز

والدافع في ضمان الواقع ، فأما إن ملكك بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر فيما ملكك ورق الباقي ، سواء كان موسرا أو معسرا لأنه لم يتسبب إلى إعتاقه ، وإنما حصل بغير اختياره ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ، وعن أحمد ما يدل على أنه يسرى إلى نصيب شريكه إذا كان موسرا لأنه عتق عليه بعضه وهو موسر فسرى إلى باقيه كما لو وصى له به فقبله ، والمذهب الأول لأنه لم يعتقه ولا تسبب إليه فلم يضمن ولم يسر كالأجنبي وفارق ما تسبب إليه .

(فصل) وإن ورث الصبي والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه لأنه إذا لم يسر في حق المكاف ففي حقهما أولى ، وإن وهب لهما أو وصى لهما به وهما معسران فعلى وليهما قبوله لأنه نفع لهما بإعتاق قريبهما من غير ضرر يلحق بهما ، وإن كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه ؟ وفيه وجهان

أحدهما : لا يقوم ولا يسرى العتق إليه لأنه يدخل في ملكك بغير اختياره فأشبهه ما لو ورثه .

والثاني يقوم عليه لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله فأشبهه الوكيل ، فعلى هذا الوجه ليس لولي قبوله لما فيه من الضرر ، وعلى الأول يلزمه قبوله لأنه يقع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته . وإذا قلنا ليس له أن يقبله فقبله احتمل أن لا يصح القبول لأنه فعل ما لم يأذن الشرع فيه فأشبهه ما لو باع ماله بغبن ، واحتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه لأنه ألزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حججه .

(فصل) وإذا باع عبداً لذي رحمه وأجنبي صفقة واحدة عتق كله إذا كان ذو الرحم معسرا وضمن لشريكه قيمة حقه منه . وقال القاضي لا يضمن لشريكه شيئاً ، لأن ملكك لم يتم إلا بقبول شريكه فصار كأنه أذن له في إعتاق نصيبه .

ولنا أنه عتق عليه نصيبه بملكك باختياره فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه ، ولا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه .

(فصل) وإذا كانت أمة مزوجة ولها ابن موسر فأشترها هو وزوجها وهي

حامل منه صفقة واحدة عتق نصيب الابن من أمه وسرى الى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معاً لانه ابن الزوج وأخ الابن ولا يجب لاحدهما على الآخر شيء منه لانه عتق عليهما في حال واحدة، ولو كانت المسألة بحالها فوهبت لهما أو أوصى لهما بها فقبلاهما في حالة واحدة فكذلك، وإن قبلها أحدهما قبل الآخر نظرنا، فإن قبل الابن أولاً عتقت عليه الام وحملها، حصته من الام بالملك وتبعها حصته من الحمل وسرى العتق الى الباقي من الام والولد وعليه قيمة باقيهما للزوج، وإن قبل الزوج أولاً عتق عليه الحمل كله نصيبه بالملك وباقيه بالسراية وقوم عليه. ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الام كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه. ومن قال في الوصية ان الملك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلاهما دفعة واحدة.

(فصل)

وإذا كان لرجل نصف عبيدين متساويين في القيمة لا يملك غيرها فأعتق أحدهما في صحته عتق وسرى الى نصيب شريكه لانه موثر بالنصف الذي له من العبد الآخر، فإن أعتق النصف الآخر من العبد الآخر عتق لأن وجوب القيمة في ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لانه معسر، وإن أعتق الأول في مرض موته لم يسر لانه إنما ينفذ عتقه في ثلث ماله، وثلث ماله هو الثلث من العبد الذي أعتق نصفه، فإذا أعتق الثاني وقف على إجازة الورثة، وإن أعتق الأول في صحته وأعتق الثاني في مرضه لم ينفذ عتق الثاني لأن عليه ديناً يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه إلا أن يحيز الورثة.

(فصل) إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شركاً له في عبد فسرى الى نصيب الشريك وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة غرما قيمة العبد جميعه. وقال بعض أصحاب الشافعي: تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه لأنهما لم يشهدا إلا بعتق نصيبه فلم تلزمهما غرامة ما سواه.

ولنا أنهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه فلزمهما ضمانه كما لو فوتاه بفعلهما وكما لو شهدا عليه بجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما.

(فصل) وان شهد شاهدان على ميت بعث عبد في مرض موته وهو ثلث ماله لحكم حاكم بشهادتهما وعتق العبد ثم شهد آخران بعث آخر هو ثلث ماله ثم رجع الأولان عن الشهادة نظرنا في تاريخ شهادتهما فإن كانت سابقة ولم تكذب الورثة رجوعهما عتق الأول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرم شيئاً ، ويحتمل أن يلزمهما شراء الثاني وإعتاقه لأنهما منعنا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها ، وان صدقوا في رجوعهما كذبوا في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا عليهما بقيمة الأول لأنهما فوتا رقه عليهم بشهادتهما المرجوع عنها

وان كان تاريخها متأخراً عن الشهادة الأخرى بطل عتق المحكوم له بعته لأننا تبينا أن الميت قد أعتق ثلث ماله قبل إعتاقه ولم يغرم الشاهدان شيئاً لأنهما مافوتا شيئاً ، وان كانتا مطلقتين أو أحدهما أو اتفق تاريخهما أقرع بينهما ، فان خرجت على الثاني عتق وبطل عتق الأول ولا شيء على الشاهدين لان الأول باق على الرق ، وان خرجت قرعة الأول عتق ونظرنا في الورثة فان كذبوا الشاهدين الأولين في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا على الشاهدين بقيمة الأول لأنهما فوتا رقه بغير حق ، فان كذبوا في رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء لانهم يقرون بعث المحكوم بعته .

مسألة ، قال (وإذا كان له ثلاثة أعبد فاعتقهم في مرض موته أو دبرهم أو دبر أحدهم وأوصى بعث الآخرين ولم يخرج من ثلثه إلا واحد لتساوى قيمتهم أقرع بينهم بسهم حربة وسهمي رق ، فمن وقع له سهم الحرية عتق دون صاحبيه)

وجملة ذلك أن العتق في مرض الموت والتدبير والوصية بالعتق يعتبر خروجه من الثلث ، لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يحجز من عتق الذي أعتق ستة مملوكين في مرضه الا ثلثهم ، ولانه تبرع بمال أشبه الهبة ، فإن أعتق أكثر من الثلث لم يحجز إلا الثلث ، فإن أعتق عبيداً في مرضه واحداً بعد واحد بديء بالأول فالأول حتى يستوفي الثلث ، وان وقع العتق دفعة واحدة ولم يخرجوا من الثلث أقرع بينهم فأخرج الثلث بالقرعة ، ومسألة الحرق فيها إذا وقع العتق دفعة واحدة ولم يكن له مال سواهم .

وأما إن دبرهم استوى المقدم والمؤخر منهم لأن التدبير عتق معلق بشرط وهو الموت ، والشرط إذا وجد ثبت المشروط به في وقت واحد ، وكذلك الموصى بعتقه يستوى هو والتدبير لأن الجميع عتق بعد الموت ، فمتى أعتق ثلاثة أعبد متساويين في القيمة هم جميع ماله دفعة واحدة أو دبرهم أو وصى بعقهم أو دبر بعضهم ووصى بعق باقيهم ولم يحز الورثة أكثر من الثلث أقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق ، فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق صاحبه ، وبهذا قال عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان ومالك والشافعي وإسحاق وداود وابن جرير .

وقال أبو حنيفة : يعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى في باقيه ، وروى نحو هذا عن سعيد بن المسيب وشريح والشعبي والنخعي وقتادة وحماد لأنهم تساوا في سبب الاستحقاق فيتساوون في الاستحقاق ، كما لو كان يملك ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل .

وأنكر أصحاب أبي حنيفة القرعة وقالوا هي من القمار وحكم الجاهلية ، ولعلمهم يردون الخبر الوارد في هذه المسألة لمخالفته قياس الأصول . وذكر الحديث لحامد فقال هذا قول الشيخ — يعنى إبليس — فقال له محمد بن ذكوان وضع القلم عن ثلاثة أحدهم المجنون حتى يفيق — يعنى أنه مجنون — فقال له حماد ما دعاك إلى هذا ؟ فقال محمد وأنت فما دعاك إلى هذا ؟ وهذا قليل في جواب حماد وكان حرياً أن يستتاب عن هذا فإن تاب وإلا ضربت عنقه .

ولنا ما روى عمران بن الحصين أن الانصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال له غيرهم ، فجزأهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ستة أجزاء ، فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وهذا نص في محل النزاع وحجة لنا في الأمرين المختلف فيهما وهما جمع الحرية واستعمال القرعة وهو حديث صحيح ثابت رواه مسلم وأبو داود وسائر أصحاب السنن .

ورواه عن عمران بن الحصين الحسن وابن سيرين وأبو المطلب ثلاثة أئمة ورواه الإمام أحمد عن إسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي زيد الأنصاري عن النبي (ص) .

قال أحمد : أبو زيد الأنصاري رجل من أصحاب النبي (ص) ، وروى نحوه عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنه حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الاجبار إذا طلبها أحد الشريكين ، ونظيره من القسمة ما لو كانت دار بين اثنين لأحدهما ثلثها والآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لا ضرر في قسمتها فطلب أحدهما القسمة فإنه يجعل كل بيت سهماً ويقرع بينهم بثلاثة أسهم لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان .

وقولهم ان الخبر يخالف قياس الاصول نمنع ذلك بل هو موافق له لما ذكرناه وقياسهم فاسد لأنه إذا كان ملكه ثلثهم وحده لم يمكن جمع نصيبه والوصية لا ضرر في تفريقها بخلاف مسائلنا ، وان سلطنا مخالفته قياس الاصول فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم واجب الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه ، لأنه قول المصوم الذي جعل الله تعالى قوله حجة على الخلق أجمعين وأمرنا باتباعه وطاعته وحذر العقاب في مخالفة أمره وجعل الفوز في طاعته والضلal في معصيته وتطرق الخطأ الى القائس في قياسه أغلب من تطرق الخطأ الى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم والآئمة بعدهم في روايتهم ، على أنهم قد خالفوا قياس الاصول بأحداث ضمنية فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضر ونقضوا الوضوء بالفقه في الصلاة دون خارجها .

وقولهم في مسائلنا في مخالفة القياس والاصول أشد وأعظم والضرر في مذهبهم أعظم ، وذلك لان الاجماع منعقد على أن صاحب الثلث في الوصية وما في معناها لا يحصل له شيء حتى يحصل للورثة مثله . وفي مسائلنا يعتقدون الثلث ويستسعون العبد في الثلثين ولا يحصل للورثة شيء في الحال أصلاً ويحولونهم على السعاية وربما لا يحصل منها شيء أصلاً ، وربما لا يحصل منها في الشهر إلا درهم أو درهمان فيكون هذا في حكم من لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لأنهم يجبرونهم على الكسب والسعاية عن غير اختيار منهم وربما كان المجبر على ذلك جارية فيحملها ذلك على البغاء أو عبداً فيسرق أو يقطع للطريق وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته الى الظلم والإضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه

والدعاء عليه من عبيده وورثته ، وقد روى عن النبي (ص) في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قال : لو شهادته لم يدفن في مقابر المسلمين .

قال ابن عبد البر في قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة : وأشار الى ما ذكرناه ، وأما إنكارهم للقرعة فقد جاءت في الكتاب والسنة والإجماع ، قال الله تعالى (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) وقال تعالى (فساهم فكان من المدحضين) .

وأما السنة فقال أحمد : في القرعة خمس سنن أقرع بين نسائه وأقرع في ستة مملوكين ، وقال لرجلين : استهما ، وقال : مثل القائم على حدود الله والماهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة ، وقال : لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول لاستهموا عليه .

وفي حديث الزبير أن صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة رضي الله عنه فوجدنا الى جنبه قتيلا ، فقلنا لحمزة ثوب وللأنصاري ثوب ، فوجدنا أحد الثوبين أوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم كفنا كل واحد في الثوب الذي طار له ، وتشاح الناس يوم القادسية في الاذان فأقرع بينهم سعد وأجمع العلماء على استعمالها في القسمة ولا أعلم بينهم خلافا في أن الرجل بقرع بين نسائه إذا أراد السفر بإحداهن ، وإذا أراد البداية بالقسمة بينهما وبين الأولياء إذا تساوا وتشاحوا فيمن يتولى الزويج أو من يتولى استيفاء القصاص وأشباه هذا .

فصل في كيفية القرعة

قال أحمد : قال سعيد بن جبير بقرع بينهم بالخواتيم أقرع بين اثنين في ثوب فأخرج خاتم هذا وخاتم هذا ، ثم قال يخرجون بالخواتيم ثم تدفع الى رجل فيخرج منها واحدا ، قال أحمد بأي شيء خرجت عما يتفقان عليه وقع الحكم به ، سواء كان رقاعا أو خواتيم .

قال أصحابنا المتأخرون الأولى أن يقطع رقاعا صغارا متساوية ثم تلقى في حجر رجل لم يحضر أو يغطي عليها بثوب ثم يقال له أدخل يدك فأخرج بندقه فينفضها ويعلم ما فيها ، وهذا قول الشافعي ، وفي كيفية القرعة والعق ست مسائل .

أحدها : أن يعتق عدداً من العبيد لهم ثلث صحيح كثلاثة أو ستة أو تسعة وقيمتهم متساوية ولا مال له غيرهم فيخرجون ثلاثة أجزاء : جزءاً للحرية وجزأين للرق وتكتب ثلاث رقاع في واحدة حرية وفي اثنين رق ويترك في ثلاثة بنادق وتغطى بثوب ، ويقاله لرجل لم يحضر أخرج على اسم هذا الجزء فإن خرجت قرعة الحرية عتق ورق الجزء ان الآخران وان خرجت قرعة رق رق وأخرجت أخرى على جزء آخر ، فإن خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث ، وإن خرجت قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث لان الحرية تعينت فيهم ، وإن شئت كتبت اسم كل جزء في رقعة ثم أخرجت رقعة على الحرية فإذا خرجت رقعة على الحرية عتق المسمون فيها ورق الباقيون ، وان خرجت رقعة على الرق رق المسمون فيها ثم تخرج أخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث وان أخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها دون الثالث .

المسألة الثانية : أن تمكن قسمتهم أثلاثاً وقيمتهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كسنة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين ألف ألف فيجعل الاثنين الاوسطين جزءاً ويجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف جزءاً والآخران جزءاً فيكونون ثلاثة أجزاء متساوية في العدد والقيمة على ما قدمناه في المسألة الاولى ، قيل لا أحد لم يستووا في القيمة ؟ قال يقومون بالثمن .

المسألة الثالثة : يكونون متساوين في العدد مختلفين في القيمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ، ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفرداً كسنة أعبد قيمة أحدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة ثلاثة ألف فانهم يعدلون بالقيمة دون العدد نص عليه أحد . وقال : إذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم لانه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل ، وفي قسمتهم بالعدد تكرار القرعة وتبعض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة أولى .

بيان ذلك أننا لو جعلنا الذي قيمته ألف آخر فخرجت قرعة الحرية لها احتجنا أن نعيد القرعة بينهما ، فاذا خرجت على القليل القيمة عتق وأعتق من الذي قيمته ألف تمام الثلث .

وإن وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث عتقا ثم أعيدت لتكامل الثلث ، فإذا وقعت على واحد كملت الحرية منه فحصل ما ذكرناه من التبعية والتكرار ، ولأن قسمتهم بين المشتركين فيهم إنما يعدلون فيها بالقيمة دون الاجزاء فعلى هذا يجعل الذى قيمته ألف جزءاً والاثنين اللذين قيمتهما ألف جزءاً والثلاثة الباقين جزءاً ثم يقرع بينهم على ما ذكرنا .

المسألة الرابعة : أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد كسبعة قيمة أحدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة أربعة ألف فيعدلون بالقيمة دون العدد كما ذكرنا .

المسألة الخامسة . أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة ، كسبعة أعبد قيمة اثنين ألف وقيمة اثنين سبعمائة وقيمة اثنين خمسمائة فما هنا نجزؤهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فيجعل كل اثنين جزءاً ويضم كل واحد من قيمتها قليلة الى واحد من قيمتها كثيرة ، ويجعل المتوسطين جزءاً ويقرع بينهم فإن وقعت قرعة الحرية على جزء قيمته أكثر من الثلث أعيدت القرعة بينهما فيعتق من تقع له قرعة الحرية ويعتق من الآخر تنمة الثلث ورق باقيه والباقيون ، وإن وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعا ثم يكمل الثلث من الباقين بالقرعة .

المسألة السادسة : لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا القيمة ، كخمسة أعبد قيمة أحدهم ألف واثنان ألف واثنان ثلاثة آلاف ، احتمال أن يجزئهم ثلاثة أجزاء فيجعل أحدهم أكثرهم قيمة جزءاً ويضم الى الثانى كثير القيمة أقل الباقين قيمة ويجعلها جزءاً والباقيين جزءاً ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمى ورق لان هذا أقرب الى ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم ، واحتمل أن لا يجزئهم بل تخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفى الثلث ، فيكتب خمس رقاع بأسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية فمن خرج اسمه فيها عتق ثم يخرج الثانية فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث ، وإن كانوا ثمانية قيمتهم سواء ففيهم ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يكتب ثمانية رقاع بأسمائهم ثم يخرج على الحرية رقعة بعد أخرى حتى يستوفى الثلث .

والثانى : أن يجزئهم أربعة أجزاء ثم يقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة ورق

فمن خرج له سهم الحرية عتق ثم يقرع بين الستة بسهم حرية وسهمى رق فمن خرج له سهم الحرية أعيدت بينهما فمن خرج له سهم الحرية كمل للثالث منه .

والثالث : أن يجرهم ثلاثة أجزاء ثلاثة وثلاثة واثنان ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق ، فإن خرج سهم الحرية الاثنان عتقا وكل الثلث بالقرعة من الباقي وان خرجت الثلاثة أقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق ، ذكر هذين الوجهين الآخرين أبو الخطاب .

وروى عن أحمد خمسة أو أربعة يجعل أكثرهم قيمة مكان اثنين ان كانا قيمته والا أقرع بين ثلاثة قيمتهم واحدة ثم يقرع بين الذى بقى والذى تصيبه القرعة بنظر ما بقى من قيمته من الثلث فيعتق حصته ، فإن كان جميع ماله عبيدين أقرعنا بينهما بسهم حرية وسهمى رق على كل حال .

(فصل)

وان كان للمعتق مال غير العبد مثلاً قيمة العبيد أو أكثر عتق العبيد كلهم لخروجهم من الثلث ، وان كان أقل من مثلهم عتق من العبد قدر ثلث المال كله فإذا كان العبيد كلهم نصف المال عتق ثلثاهم ، وان كانا ثلثي المال عتق نصفهم وإن كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة أنساعهم ، وطريقه ان تضرب قيمة العبد فى ثلاثة ثم تنسب اليه مبالغ الزكاة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها ؛ فإذا كان قيمة العبد ألفاً وباقي الزكاة ألف ضربت قيمة العبد فى ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب اليها الالفين تكن ثلثها فيعتق ثلثاهم ، وان كان قيمة العبد ثلاثة آلاف وباقي الزكاة ألف ضربت قيمتهم فى ثلاثة تكن تسعة آلاف وتنسب اليها الزكاة كلها تكن أربعة أنساعها ؛ وان كان قيمتهم أربعة آلاف وباقي الزكاة ألف ضربت قيمتهم فى ثلاثة تكن اثني عشر ألفاً ونسبت اليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم .

(فصل) وان كان على الميت دين يحيط بالتركة لم يعتق منهم شيء ، وان كان يحيط ببعضها قدم الدين لأن العتق وصيه ؛ وقد قضى رسول الله (ص) ان الدين قبل الوصيه ولأن قضاء الدين واجب وهذا تبرع وتقديم الواجب متعين ، وان كان الدين بقدر نصف الميراث جاز أن وكنت زعمان ، زعمه للدين ورقعه

للتركة وتخرج واحدة منهما على أحد الجزأين فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه وكان الباقي من جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم .

وان كان الدين بقدر ثلثهم كتبت ثلاث رقاع ، رقعة للدين واثنان للتركة ، وان كان بقدر ربعهم كتب أربع رقاع ، رقعة للدين وثلاثة للتركة ، ثم يقرع بين من خرجت له رقاع التركة ، وان كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقعتان للتركة جاز ، وقيل لا يجوز لثلاث تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين ، والاول أصح لأنه إنما يمنع من العتق قبل قضاء الدين إذا لم يكن له وفاء .

فأما إذا كان له وفاء لم يمنع منه بدليل ماله كان العتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين فإنه لا يمنع من العتق قبل وفائه .

(فصل) وإذا أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم أو واحدا منهم غير معين فمات أحدهم أفرعنا بين الميت والأحياء ، فإن وقعت على الميت حسبناه من التركة وقدمناه حين الإعتاق ، سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة وبهذا قال الشافعي .

وقال مالك : ان مات قبل موت سيده أفرعنا بين الحيين لأنهما جميع التركة ولهذا لا يعتق إلا لثلهما ولا يعتبر الميت لأنه ليس بمحسوب من التركة ، ولأنه لو أعتق الحيين بعد موته لا عتقنا لثلهما .

وأنا أن الميت أحد المعتقين فوجب أن يقرع بينه وبينهم كما لو مات بعد سيده ولأن المقصود تكميل الأحكام وحصول ثواب العتق ويحصل هذا في الميت فوجب أن يدخل في القرعة ، كما لو مات بعد سيده ، فأما ان وقعت القرعة على الحي نظرنا في الحي فإن كان الميت مات قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث له لم نحسبه من التركة ، لأنه لم يصل إلى الوارث فتكون التركة للحيين فيخرج ثلثها من وقوت عليه القرعة وتعتبر قيمته حين الإعتاق ، لأنه حين إتلافه وتعتبر قيمة التركة بأقل الأمرين من حين الموت إلى حين قبض الوارث ، لأن الزيادة فائدة تجددت على ملك الوارث فلا تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض لم يحصل له ولم ينتفع به ، فأشبهه الشارد والأبق ، وأنا يحسب عليه ما حصل في يده ولا يحسب الميت من التركة لأنه ما وصل إلى الورثة فيكمل ذلك الحيين عن وقوت عليه القرعة

وإن كان موته بعد قبض الورثة حسب من التركة لأنه وصل اليهم وجعلناه كالحى فى تقويمه معهم والحكم بإعتاقه إن وقعت عليه القرعة أو من الثلثين إن وقعت القرعة على غيره وتحسب قيمته أقل الأمرين من حين موت سيده إلى حين قبضه ونحو هذا قال الشافعى .

(فصل) وإن دبر الثلاثة أو وصى بعتقهم فمات أحدهم فى حياته بطل تدبيره والوصية فيه وأقرع بين الحيين فأعتق من أحدهما ثلثهما ، لأن الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذى يعتق فيه وقبل أن يتحقق شرط العتق بخلاف التى قبلها فإن العتق حصل من حين الاعتناق وإنما القرعة تبينه وتكشفه ولهذا يحكم بعتقه من حين الاعتناق حتى يكون كسبه له وحكمه حكم الأحرار فى سائر أحواله ، وإن مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الأحياء لأنه قد حصل العتق من حين موت السيد .

مسألة ، قال (ولو قال لهم فى مرض موته أحكمكم حر أو كلكم حر ومات فكذلك)

أما إذا قال لهم كلكم حر فهى المسألة التى تقدمت وشرحناها ، وأما إذا قال أحكمكم حر فإنه يقرع بينهم فيخرج أحدهم بالقرعة فيعتق ويرق الباقيون ، وسواء كان للميت مال سواهم أو لم يكن إذا كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ، ولو كان المعتق حياً ولم ينو واحداً بعينه لم يكن له التعيين وأعتق أحدهم بالقرعة . وإن قال أردت واحداً منهم بعينه قبل موته وتعينت الحرية فيه .

وقال أبو حنيفة والشافعى : له تعيين أحدهم فيعتق من عينه ، وإن لم يكن نواه حالة القول ويطالب المعتق بالتعيين فإذا عين أحدهم تعيين حسب اختياره ولم يكن لسائر العبيد الاعتراض عليه ، لأن له تعيين العتق ابتداء فإذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق .

ولنا أن مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه كما لو أعتق الجميع فى مرضه ولم يخرجوا من الثلث ، وكما لو أعتق عينا ثم نسيه والطلاق كمن ألتنا ، فأما إن مات

المعتق ولم يعين فالحكم عندنا لا يختلف وليس للورثة التعيين بل يخرج المعتق بالقرعة ، وقد نص الشافعي على هذا اذا قالوا لا ندرى أيهم أعتق . وقال أبو حنيفة لهم التعيين لانهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام في المعتق .

(فصل) ولو أعتق احدى امانته ثم وطئ احدى من لم يتعين الرق فيها ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يتعين الرق فيها لان الحرية عنده تتعين بتعيينه ووطؤه دليل على تعيينه ، وقد سبق الكلام على هذا الاصل ولان المعتقة واحدة فلم تتعين بالوطء كما لو أعتق واحدة ثم نسيها .

(فصل)

واذا أعتق واحدا بعينه ونسيه فقياس قول أحمد أن يعتق أحدهم بالقرعة وهذا قول الليث ، وقال الشافعي . يقف الامر حتى يذكر فإن مات قبل أن يتبين أقرع الورثة بينهم ، وقال ابن وهب يعتقون كلهم .

وقال مالك : ان أعتق عبداً له ومات ولم يبين فكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم ، وان كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فإن خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى تكمل

وقال أصحاب الرأي : ان قال الشهود نشهد أن فلانا أعتق أحد عبيده ولم يسم عتق ثلث كل واحد منهم وسمى في باقيه أو ربع كل واحد منهم ان كانوا أربعة وإن قالوا نشهد أن فلانا أعتق بعض عبيده ونسيناه فشهادتهم باطلة ونحو هذا قول الشعبي والأوزاعي ولم يذكرهما ذكره أصحاب الرأي في الشهادة .

ولنا أن مستحق العتق غير معين ، فأشبه ما لو أعتق جميعهم في مرض موته فإن أقرع بينهم فخرجت القرعة لواحد ثم قال المعتق : ذكرت أن المعتق غيره ففيه وجهان . أحدهما : يرد الاول الى الرق ويعتق الذي عينه لانه تبين له المعتق فعتق دون غيره كما لو لم يقرع .

والثاني : يعتقان معاً ، وهو قول الليث ومقتضى قول ابن حامد لان الاول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الأحرار ، ولان قول المعتق ذكرت من كنت نسبه يتضمن إقرارا عليه بحرية من ذكره وإقرارا على غيره فقبل إقراره

على نفسه ولم يقبل على غيره ، وأما إذا لم يقرع فإنه يقبل قوله فيعتق من عينه ويرق غيره ، فإذا قال أعتقت هذا عتق ورق الباقيون ، وإن قال أعتقت هذا لا بل هذا عتق جميعاً لأنه أقر بعتق الأول فلزمه ثم أقر بعتق الثاني فلزمه ولم يقبل رجوعه عن إقراره الأول فكذلك الحكم في إقرار الوارث

« مسألة ، قال (وإذا ملك نصف عبد فدبره أو أعتقه في مرض موته فعتق بموته وكان ثلث ماله بنى بقيمة النصف الذى لشريكه أعطى وكان كله حراً فى إحدى الروايتين والآخرى لا يعتق إلا حصته ، وإن حمل ثلث ماله قيمة حصة شريكه)

وجملته أنه إذا ملك شقفاً من عبد فأعتقه في مرض موته أو دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق إلا نصيبه بلا خلاف نعله بين أهل العلم إلا قولاً شاذاً أو قول من يرى السعابيه ، وذلك أنه ليس له من ماله إلا الثلث الذى استغرقت قيمة الشقص فيبقى معسراً ، بمنزلة من أعتق فى صحته شقفاً وهو معسر ، فأما إن كان ثلث ماله بنى بقيمة حصة شريكه ففيه روايتان .

أحدهما : يسرى الى نصيب الشريك فيعتق العبد جميعه ويعطى الشريك قيمة نصيبه من ثلثه لأن ثلث المال للمعتق والمملك فيه تام وله التصرف فيه بالتبرع والاعتاق وغيره فجرى مجرى مال الصحيح فيسرى عتقه كسراية عتق الصحيح الموسر والرواية الثانية : لا يعتق إلا حصته ، لأنه بموته يزول ملكه الى ورثته فلا يبقى شيء يقضى منه الشريك ، وبهذا قال الأوزاعي لأن الميت لا يضار .

وقال القاضى : ما أعتقه فى مرض موته سرى ، وما دبره أو وصى بعتقه لم يسر ، وقال الرواية فى سراية المعتق حال الحياة أصح ، والرواية فى وقوفه فى التدبير أصح ، وهذا مذهب الشافعى لأن العتق فى الحياة ينفذ فى حال ملك المعتق وصحة تصرفه ، وتصرفه فى ثلثه كتصرف الصحيح فى جميع ماله ، وأما التدبير والوصية فإذا حصل العتق به فى حال يزول ملك المعتق وتصرفاته والله أعلم :

« مسألة ، قال (وكذلك الحكم إذا دبر بعضه وهو مالك لملكه)

وجملته أنه إذا دبر بعض عبده ، وهو أن يقول إذا مات فنصف عبدي حر
ثم مات ، فإن كان النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر ، لأنه لو
دبره كله لم يعتق منه الا ثلثه ، فإذا لم يدبر الا ثلثه كان أولى ، وإن كان العبد كله
يخرج من الثلث ، ففي تكميل الحرية روايتان .

إحداهما : تكمل وهو قول أكثر الفقهاء . لأن أبا حنيفة وأصحابه يرون التدبير
كالاتفاق في السراية ، وهو أحد قولى الشافعى ، لأنه إعتاق لبعض عبده ، فعتق
جميعه كما لو أعتقه في حياته .

والرواية الثانية : لا يكمل العتق فيه ، لأنه لا يمنع جواز البيع ، فلا يسرى
كتعليقه بالصفة .

(فصل) فأما ان أعتق بعض عبده في مرضه فهو كعتق جميعه ان خرج من
الثلث عتق جميعه والا عتق منه بقدر الثلث ، لان الإعتاق في المرض كالاتفاق في
الصحة ، إلا في اعتباره من الثلث ، وتصرف المريض في ثلثه في حق الاجنبى
كتصرف الصحيح في جميع ماله ، كما لو أعتق شركا له في عبد ، وثلثه يحتمل جميعه
وعنه لا يعتق منه إلا ما عتق .

(فصل) وإذا دبر أحد الشريكين حصته صح ولم يلزمه في الحال لشريكه
شئ . وهذا قول الشافعى ، فإذا مات عتق الجزء الذى دبره إذا خرج من ثلث
ماله وفي سرايته الى نصيب الشريك ما ذكرنا في المسألة وقبلها : وقال مالك .
إذا دبر نصيبه تقاوماه ، فإن صار للمدبر صار مدبراً كله ؛ وإن صار للآخر صار
رقيقاً كله . وقال الليث : يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبراً
فإن لم يكن له مال سعى العبد في قيمة نصيب الشريك ، فإذا أداها صار مدبراً كله
وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن المدبر للشريك قيمة حقه موسراً كان أو معسراً
ويصير المدبر له .

وقال أبو حنيفة : الشريك بالخيار ، ان شاء دبر ، وإن شاء أعتق ، وان شاء
استسعى العبد ، وان شاء ضمن صاحبه ان كان موسراً . ولنا أنه تعليق للعتق على
صفة ، فصح في نصيبه ، كما لو علقه بموت شريكه .

« مسألة ، قال (ولو أعتقهم وثله يحتملهم فاعتقناهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم بعناهم في دينه)

وجملته : أن المريض إذا أعتق عبده في المرض أو دبرهم أو وصى بعتقهم ومات ثم ظهر عليه دين وهم يخرجون من ثله في الظاهر فاعتقناهم ، ثم ظهر عليه دين يستغرق التركة تبينا بطلان عتقهم وبقاء رقهم فيباعون في الدين ويكون عتقهم وصية والدين مقدم على الوصية ولهذا قال علي رضي الله عنه إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الدين قبل الوصية ولأن الدين مقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة في قضاء الدين ، وقد قال الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) والميراث مقدم على الوصية في الثلثين فما تقدم على الميراث يجب أن يقدم على الوصية وبهذا قال الشافعي ورد ابن أبي لبلى أعتقه سيده عند الموت وعليه دين ، قال أحمد : أحسن ابن أبي لبلى .

وذكر أبو الخطاب عن أحمد رواية في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقي . وقال قتادة ، وأبو حنيفة وإسحاق يسعى العبد في قيمته .

ولنا أنه تبرع في مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث فقدم عليه الدين كالمهبة ؛ ولأنه يعتبر من الثلث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاءه ، فعلى هذا تبين أنه أعتقهم وقد استجقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره ، فإن قال الورثة نحن نقضى الدين ونمضى العتق ففيه وجهان .

أحدهما : لا ينفذ حتى يبتدئوا العتق لأن الدين كان مانعا منه فيكون باطلا ولا يصبح بزوال المانع بعده .

والثاني : ينفذ العتق لأن المانع منه إنما هو الدين فإذا سقط وجب نفوذه كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلث التركة ، نفذ العتق في الجميع ، ولا صحاب الشافعي وجهان كهذين ، وقالوا إن أصل الوجهين إذا تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره وعلى الميت دين وقضى الدين هل ينفذ ؟ فيه وجهان .

(فصل) فان أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فأقرب الورثة فاعتقوا واحداً وأرقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان .

أحدهما : تبطل القرعة لأن الدين شريك في الاقراع فاذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث .

الثاني يصح الاقراع لأنه لا يمكن إحصاء القسمة وأفراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين لأن القرعة دخلت لأجل العتق دون الدين فيقال للورثة اقضوا ثلث الدين وهو بقدر قيمته نصف العبدین اللذين بقيا إما من العبد وإما من غيرهم ويجب رد نصف العبد الذي عتق فاذا كان الذي أعتق عبدين أقرعنا بينهما فاذا خرجت القرعة على أحدهما ، فكان بقدر السدس التركة عتق وبيع الآخر في الدين وإن كان أكثر عتق منه بقدر السدس وإن كان أقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس .

مسألة ، قال (ولو أعتقهم وهم ثلاثة فاعتقنا منهم واحداً لعجز ثلثه عن أكثر منه ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم)

وجلبته : أنه إذا أعتق ثلاثة في مرضه لم يعرف له مال غيرهم أو دبرهم أو وصى بعتقهم لم يعتق منهم إلا ثلثهم ويرق الثلثان إذا لم يجز الورثة عتقهم فاذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر مثليهم تبيننا أنهم قد عتقوا من حين أعتقهم أو من حين موته إن كان دبرهم لأن التدبير وتصرف المريض في ثلث ماله جائز نافذ وقد بان أنهم ثلث ماله وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه موجوداً فلا يمنع كون العتق واقعا ، فعلى هذا يكون حكمهم حكم الأحرار من حين أعتقهم فيكون كسبهم لهم وإن كانوا قد تصرف فيهم يبيع أو هبه أو رهن أو تزويج بغير إذن كان ذلك باطلاً ، وإن كانوا قد تصرفوا لحكم تصرفهم حكم تصرف الأحرار فلو تزوج عبد منهم بغير إذن سيده كان نكاحه صحيحاً والمهر عليه واجب وإن ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق لثلاثهم لأنها ثلث جميع المال فيقرع بين الاثنين اللذين أوقفناهما فيعتق أحدهما ويرق الآخر إن كانا متساويين في القيمة ، وإن

ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم ، وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أتباعهم وكلما ظهر له مال عتق من العبدین اللذين رقا بقدر ثلثه .

(فصل)

وإذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه وجب على الوصى إعتاقه فإن أوصى بذلك ورثته لزومهم إعتاقه فإن امتنعوا أجبرهم السلطان ، فإن أصرروا على الامتناع أعتقه السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم ، لأن هذا حق لله تعالى وللعبد ، ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه كالزكاة والديون ، فإذا أعتقه الوارث أو السلطان عتق وما اكتسبه في حياة الموصى فهو للموصى يكون من جملة تركته إن بقي بعده لأنه كسب عبده القن ، وما كسبه بعد موته وقبل إعتاقه فهو للوارث وقال القاضي : هو للعبد لأنه كسبه بعد استقرار سبب العتق فيه فكان له كسب المكاتب .

وقال بعض أصحاب الشافعي : فيه قولان مبنيان على القولين في كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية .

ولنا أنه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعلق عتقه بصفة وفارق المكاتب فإنه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده ، ويبطل ما ذكره بأم الولد ، فإن عتقها قد استقر سببه في حياة سيدها وكسبها له ، والموصى به لانسله وإن سلمناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك ، وإنما وقف على شرط هو القبول ، فإذا وجد الشرط استند الحكم إلى ابتداء السبب ، وفي الوصية بالعتق ما وجد السبب ، وإنما أوصى بإيجاده وهو العتق ، فإذا وجد لم يحز أن يثبت حكمه سابقا عليه ، ولهذا يملك الموصى له أن يقبل بنفسه ، وهنا لا يملك العبد أن يعتق نفسه .

وان مات العبد بعد تمام موت سيده وقبل إعتاقه فما كسبه للورثة على قولنا ولا أعلم قول من خالفنا فيه .

(فصل) فإن علق عتق عبده على شرط في صحته فوجد في مرضه اعتبر مخروجه من الثلث ، قاله أبو بكر ، قال وقد نص أحمد على مثل هذا في الطلاق .

وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر انه يعتق من رأس المال ، وهو مذهب الشافعي لانه لا يهتم فيه فأشبهه العتق في صحته

ولنا انه عتق في حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله فاعتبر من الثلث كالمنجز .
وقولهم لا يهتم فيه ، قلنا وكذلك العتق المنجز لا يهتم فيه فإن الانسان لا يهتم بمحابة غير الوارث وتقديمه على وارثه ، وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة ، وهذا حاصل هنا ، ولو قال إذا قدم زيد وأنا مريض فأنت حر فقدم وهو مريض كان معتبراً من الثلث وجهها واحداً .

فصل

وإذا أعتق عبداً وله مال فماله لسيده ، روى هذا عن ابن مسعود وأبي أيوب وأنس بن مالك ، وبه قال قتادة والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي .
وروى ذلك عن حماد والبتى وداود بن أبي هند وحميد . وقال الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك وأهل المدينة يتبعه ماله لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : من أعتق عبداً وله مال فماله للعبد ، رواه الإمام أحمد بإسناده وغيره . وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر انه كان إذا أعتق عبداً لم يعرض لماله

ولنا ما روى الأثرم بإسناده عن ابن مسعود أنه قال لغلामه عمير يا عمير إني أريد أن أعتقك عتقاً هنيئاً فأخبرني بمالك ، فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده ، ولأن العبد وماله كانا جميعاً للسيد فأزال ملكه عن أحدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه ، وقد دل على هذا حديث النبي صلى الله عليه وسلم : من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ،

فأما حديث ابن عمر فقال أحمد يرويه عبد الله بن أبي جعفر من أهل مصر وهو ضعيف في الحديث كان صاحب فقه ، فأما في الحديث فليس هو فيه بالقوى وقال أبو الوليد هذا الحديث خطأ ، فأما فعل ابن عمر فانه تفضل منه على معتقه .
قيل للإمام أحمد : كان هذا عندك على التفضل ؟ فقال أي لعمري على التفضل قيل له فكأنه عندك للسيد ؟ فقال نعم للسيد مثل البيع سواء

مسألة ، قال (وإذا قال لعبده أنت حر في وقت سماه لم يعتق حتى يأتي ذلك الوقت)

وجملة ذلك أن السيد إذا علق عتق عبده أو أمته على مجيء وقت مثل قوله أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يأتي رأس الحول وله بيعه وهبته وإجارته ووطء الأمة ، وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وابن المنذر . قال أحمد : إذا قال لغلामه أنت حر إلى أن يقدم فلان ومجيء فلان واحد وإلى رأس السنة وإلى رأس الشهر إنما يريد إذا جاء رأس السنة أو جاء رأس الهلال منه ، وإذا قال أنت طالق إذا جاء الهلال إنما تطلق إذا جاء رأس الهلال ، وقال إسحاق كما قال أحمد .

وحكى عن مالك أنه إذا قال لعبده أنت حر في رأس الحول عتق في الحال ، والذي حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يطأها لأنه لا يملكها ملكا تاما ولا يهبها ولا يلحقها بسببه رق ، وإن مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال .

وقد روى عن أحمد أنه لا يطؤها لأن ملكه غير تام عليها ، والاول أصح لما روى عن أبي ذر أنه قال لعبده أنت عتق إلى رأس الحول ، فلو لا أن العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه لعدم فائدته . ولأنه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها ، كما لو قال إذا أدبت إلى ألفا فأنت حر واستحقاقها للعتق لا يمنع الوطء كالأستيلاد ولا يلزم المكاتبه لأنها اشترت نفسها من سيدها بعوض وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسألتنا .

(فصل : وإذا جاء الوقت وهو في ملكه عتق بغير خلاف فعله ، وإن خرج عن ملكه ببيع أو ميراث أو هبة لم يعتق ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال النخعي وابن أبي ليلى : إذا قال لعبده إن فعلت كذا فأنت حر ، فباعه ببيع صحيحا ثم فعل ذلك الفعل عتق وانتقض البيع ، قال ابن أبي ليلى : إذا حلف بالطلاق لا كلمت فلانا ثم طلقها طلاقا باتنا ثم كلبه حنث ، وعامة أهل العلم على خلاف هذا القول ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم ، ولأنه لا يملك له فلم يقع طلاقه ولا عتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم

(فصل) وإذا قال لعبده إن لم أضربك عشرة أسواط فانت حر ولم ينو وقتاً بعينه لم يعتق حتى يموت ولم يوجد الضرب ، وإن باعه قبل ذلك صح بيعه ولم يفسخ في قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك : ليس له بيعه فإن باعه ففسخ البيع ولنا أنه باعه قبل وجود الشرط فصح ولم يفسخ ، كما لو قال إن دخلت الدار فانت حر وباعه قبل دخولها .

(فصل) وإذا قال لعبده إن دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي فيها قولان .
أحدهما : لا يعتق لأن ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه

ولنا أنه علق الصفة في ملكه وتحقق الشرط في ملكه فوجب أن يحث كما لو لم يزل ملكه عنه ، وفارق ما إذا علقها في حال زوال ملكه وتحقق الشرط في ملكه لأنه لو نجز العتق لم يقع فإذا علقه كان أولى بعدم الوقوع بخلاف مسألتنا ، فأما إن دخل الدار بعد بيعه ثم اشتراه ودخل الدار فالتصوص عن أحمد أنه لا يعتق وذكر عنه رواية أخرى أنه يعتق ، وروى عنه في الطلاق أنه يقع لأن التعليق والشرط وجدا في ملكه فأشبه ما لو لم يتخللها دخول .

ووجه الأول أن العتق معلق على شرط لا يقتضي التكرار ، فإذا وجد مرة انحلت اليمين وقد وجد الدخول في ملك غيره فأنحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك ، ويفارق العتاق الطلاق من حيث أن النكاح الثاني يبنى على النكاح الأول ، بدليل أن طلاقه في النكاح الأول يحسب عليه في النكاح الثاني وينقص به عدد طلاقه والملك باليمين بخلافه

(فصل) وإذا قال لعبده له مقيد هو حر إن حل قيده ، ثم قال هو حر إن لم يكن في قيده عشرة أرطال فشهد شاهدان عند الحاكم أن وزن قيده خمسة أرطال فحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة أرطال عتق العبد بحل قيده وتبيننا أنه ما عتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به ، وهل يلزم الشاهدين ضمان قيمته ؟ فيه وجهان . أحدهما أنه يلزمهما ضمانها لأن شهادتهما الكاذبة سبب عتقه وإتلافه فضمنناه كالشهادة المرجوع عنها ، ولأن عتقه حصل بحكم الحاكم المبني

على الشهادة الكاذبة فأشبه الحكم بالشهادة التي يرجعان عنها ، وهذا قول أبي حنيفة والثاني لا ضمان عليها وهو قول أبو يوسف ومحمد لأن عتقه لم يحصل بالحكم المبني على شهادتهما ، وإنما حصل بحل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لا يضمنا كما لو لم يحكم الحاكم .

(فصل) وإن قال لعبد أنت حر متى شئت لم يعتق حتى يشاء بالقول ، فمتى شاء عتق سواء كان على الفور أو التراخي ، وإن قال أنت حر إن شئت فكذلك ويحتمل أن يقف ذلك على المجلس لأن ذلك بمنزلة التخيير ، ولو قال لامرأته اختاري نفسك لم يكن لها الاختيار إلا على الفور فإن تراخي ذلك بطل خيارها كذا تعليقه بالمشيئة من غير أن يقرنه بزمان يدل على التراخي ، وإن قال أنت حر كيف شئت احتمل أن يعتق في الحال ، وهو قول أبي حنيفة لأن كيف لا تقتضي شرطاً ولا وقتاً ولا مكاناً فلا تقتضي توقيت العتق ، وإنما هي صفة للحال فتقتضي وقوع الحرية على أي حال شاء ويحتمل أن لا يعتق حتى يشاء وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن المشيئة تقتضي الخيار فتقتضي أن لا يعتق قبل اختياره ، كما لو قال أنت حر متى شئت لأن كيف تعطى ما تعطى متى وأى فحكمها حكمها

وقد ذكر أبو الخطاب في الطلاق أنه إذا قال لزوجته أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق حتى تشاء فيجىء ههنا مثله .

(فصل) وتعليق العتق على أداء شيء ينقسم ثلاثة أقسام أحدها : تعليقه على صفة محضة ، كقوله إن أدبت إلى ألفاً فأنت حر ، فهذه صفة لازمة لا سبيل إلى إبطالها لأنه ألزمها نفسه طوعاً فلم يملك إبطالها ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حر ، ولو اتفق السيد والعبد على إبطالها لم تبطل بذلك ، ولو أبرأه السيد من الألف لم يعتق بذلك ولم يبطل الشرط لأنه لا حق له في ذمته يرثه منه وإنما هو تعليق على شرط محض : وإن مات السيد انفسخت الصفة لأن ملكه زال عنه فلا ينفذ عتقه في ملك غيره ، وإن زال ملكه ببيع أو هبة زالت الصفة ، فإن عاد إلى ملكه عاد كما ذكرنا فيما قبل ، ومتى وجدت الصفة عتق ولم يحتاج إلى تجديد اعتاق من جهة السيد لأنه إزالة ملك معلق على صفة وهو قابل للتعليق فيوجد بوجود الصفة كالطلاق .

وما يكسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيده لأنه لم يوجد عقد يمنع كون كسبه لسيده ، إلا أن ما يأخذه السيد منه يحسبه من الألف التي أداها ، فإذا كمل أداؤها عتق وما فضل في يده لسيده ، وإن كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبعها ولدها في أحد الوجهين لأنها أمة قن ، فأشبهه مالو قال : إن دخلت الدار فانت حرة ، ولا نجب عليها قيمة نفسها لأنه عتق من السيد بصفة فأشبهه مالو بأشبه عتقها ولا يعتق حتى يؤدي الألف بكاملها .

وذكر القاضي أن من أصلنا أن العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها ، كما لو قال أنت حر إن أكلت رغيفا فأكل كل بعضه ، وهذا لا يصح لوجوه .
أحدها : أن أداء الألف شرط العتق وشروط الأحكام يعتبر وجودها بكاملها لثبوت الأحكام وتلتنى بانتفاءها بدليل سائر شروط الأحكام .

الثاني : أنه إذا علقه على وصف ذي عدد فالعدد وصف في الشرط ، ومتى علق الحكم على شرط ذي وصف لا يثبت ما لم توجد الصفة ، كما لو قال لعبد أن خرجت عاريا فانت حر ، فخرج لا بسا لا يعتق ، فكذلك العدد .

الثالث : أنه متى كان في اللفظ ما يدل على الكل لم يحنث بفعل البعض وكذلك لو حلف - لأصليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة ، ولو حلف - لأصمت صياماً لم يحنث حتى يصوم يوماً ، ولو قال لامرأته أن حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة ، وقد ذكر القاضي هذه المسائل ونظائرها ، وذكر الألف - مهنا يدل على إرادته أداء الألف - كاملة .

الرابع : أننا لا نسلم هذا الأصل الذي ادعاه وأنه إذا قال له أنت حر إن أكلت رغيفا لم يعتق بأكل بعضه ، وإنما إذا حلف - لا يفعل شيئاً ففعل بعضه حنث في رواية في موضع يحتمل إرادة البعض ويتناول اللفظ ، كمن حلف - لا يصلي فشرع في الصلاة أو لا يصوم فشرع في الصوم . أو لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه ونحو هذا ، لأن الشارع في الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء الذي شرع فيه ، والقدر الذي شربه من الإناء هو ماء الإناء وقرينة حاله تقتضي المنع من الكل فتقتضي الامتناع من الكل ، ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحنث لذلك ، ولو حلف على فعل شيء لم يبرأ إلا بفعل الجميع .

وفي مسائلنا تعليق الحرية على أداء الألف — يقتضى وجود أدائها فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون أدائها ، كمن حلف — ليؤدين العالم يبرأ حتى يؤديها

الخامس : أن موضوع الشرط في الكتاب والسنة وأحكام الشريعة على أنه لا يثبت المشروط بدون شرطه ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، ولو قال بعضها مقتصراً عليه لم يستحق إلا العقوبة ، وقال : من أحيا أرضاً مينة فهي له ، ولو شرع في الأحياء لم تكن له ، ولو قال في المسابقة من سبق إلى حمس إصابات فهو ساق فسبق إلى أربع لم يكن سابقاً ، ولو قال من رد ضائي فله دينار فشرع في ردها لم يستحق شيئاً ، فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل ، وأنا الذي جاء عن أحمد في الأيمان فيمن حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه يحنث ، لأن اليمين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهي والنهي عن فعل شيء يقتضى المنع من بعضه بخلاف تعليق المشروط على الشرط والله أعلم .

القسم الثاني : صفة جمعت معاوضة وصفة والمغلب فيها حكم المعاوضة وهي الكتابة الصحيحة فهي مساوية للصفة المحضة في العتق بوجوبها وأنه لا يجب عليه قيمة نفسه وأن الولاء لسيدته ، وتخالفاً في أنه لو أبرأه السيد من المال برى منه وعتق لأن ذمته مشغولة به فبرى منه بإبرائه كضمن المبيع ، ولا يفسخ بموت السيد ولا بيع المكاتب ولا هبته لأنه عقد معاوضة لازم أشبه البيع وما كتبه قبل الأداء فهو له وما فضل في يده بعد الأداء فهو له وولد المكاتبه الذين ولدتهم في الكتابة يعتقون بعقوبتها .

القسم الثالث : صفة فيها معاوضة والمغلب فيها حكم للصفة وهي الكتابة الفاسدة نحو الكتابة على مجهول أو نجم واحد أو مع إخلال شرط من شروط الكتابة فتساوى الصفة المحضة ، والكتابة في أنه لا يعتق بالاداء لأنه عتق معلق على شرط ولا تلزمه قيمة نفسه ولا يبطل بجنون المكاتب ولا الحجر عليه لأن الحجر للرق لا يمنع صحة كتابته فلا يقتضى حدوثه إبطالها وإن أدى حال جنونه عتق لأن الصفة وجدت .

وقال أبو بكر : لا يعتق بذلك ويفارقهما في أن للسيد فسخها ورفعها لأنها فاسدة ، والفساد يشرع رفعه وإزالته ، ويفارق الكتابة الصحيحة في أنها تبطل بموت السيد وجنونه والحجر عليه لسفه لأنه عقد جائز من جهته فيبطل بهذه الأمور كالوكالة والمضاربة ، وقد قال أحمد إذا وسوس فهو بمنزلة الموت ، وهذا قول القاضي .

وقال أبو بكر : لا تبطل بشيء من ذلك لأنه عقد كتابة فلم يبطل بذلك كالصحيحة وتفارق الصفة المحضة في أن كسب العبد قبل الأداء له وما فضل في يده بعد الأداء فهو له دون سيده ، ويتبع المكاتب ولدهما حملا لها على الكتابة الصحيحة في أحد الوجهين فيهما وفي الآخر لا يستحق كسبه ، ولا يتبع المكاتب ولدهما لأن العتق حصل بالصفة لا بالكتابة .

وأما الكتابة بمحرم كالخمر والخنزير فقال القاضي هي كتابة فاسدة حكمها حكم ما ذكرنا ويعتق فيها بالاداء ، وقال أبو بكر : لا يعتق فيها بالاداء وهو ظاهر كلام أحمد في روايته الميموني إذا كاتبه كتابه فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق مالم تكن الكتابة محرمه ، وينبغي أن يقال إن علق العتق على أداء المحرم عتق به كالو علق العتق على السرقة وشرب الخمر ، وإن قال كاتبك على خمر لم يعتق بأدائه كقول أبي بكر والله أعلم .

(فصل) وإذا قال لعمري أنت حر وعليك ألف عتق ولا شيء عليه لأنه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضا لم يقبله فيعتق ولم يلزمه الألف ، هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا .

ونقل جعفر بن محمد قال : سمعت أبا عبد الله قيل له : إذا قال أنت حر وعليك ألف درهم قال جيد ، قيل له : فإن لم يرض العبد ؟ قال لا يعتق إنما قاله له على أن يؤدي إليه ألف درهم فإن لم يؤدي فلا شيء ، وإن قال أنت حر على ألف فكذلك في إحدى الروايتين لأن على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فأشبهه قوله وعليك ألف .

والثانية : أن قبل العبد عتق ولزمته الألف وإن لم يقبل لم يعتق ، وهذا قول

مالك والشافعي وأبي حنيفة لأنه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله ، كما لو قال أنت حر بألف ، وهذه الرواية أصح لأن على تستعمل للشرط والعوض ، قال الله تعالى (قال له موسى هل أتبعك على أن تعلن ماعليتي رشداً) وقال تعالى (فهل نجعل لك خرجاً على أن تجعل بيننا وبينهم سداً) .

ولو قال في النكاح زوجتك ابنتي فلانة على صداق خمسمائة درهم ، فقال الآخر قبلت صح النكاح وثبت الصداق . وقال الفقهاء إذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها كان ذلك جائزاً ، فأما إذا قال أعتقتك على أن تخدمني سنة فقبل ففيها روايتان كالتى قبلها ، وقيل ان لم يقبل العبد لم يعتق رواية واحدة ، فعلى هذا إذا قبل العبد عتق في الحال ولزمته خدمته سنة ، فإن مات السيد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة بهذا . وقال الشافعي وقال أبو حنيفة : تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر ماضى ويرجع عليه بما بقي من قيمته وإذا أن العتق عقد لا يلحقه الفسخ فإذا تعذر فيه استيفاء العوض رجع الى قيمته ، كالحلح في النكاح والصلح في دم العمد ، وان قال أنت حر على أن تعطيني ألفاً فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل ، فإذا قبل عتق ولزمه الألف ، وان قال أنت حر بألف لم يعتق حتى يقبل فيعتق ويلزمه ألف .

(فصل)

وإذا علق عتق أمته بصفة وهي حامل تبعها ولدها في ذلك لأنه كعضو من أعضائها ، فان وضعت قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق لأنه تابع في الصفة فأشبهه ما لو كان في الصفة ، فأشبهه ما لو كان في البطن ، وان كانت حائلاً حين التعليق ثم وجدت الصفة وهي حامل عتقت هي وحملها لأن العتق وجد فيها وهي حامل فتبعها ولدها كالمجنز ، وان حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد لأن الصفة لم تتعلق به لا في حال التعليق ولا في حال العتق وفيه وجه آخر أنه يتبعها في العتق قياساً على ولد المدبرة ، وان بطلت الصفة يبيع أو موت لم يعتق الولد لأنه إنما يبيعها في العتق لا في الصفة فإذا لم توجد فيها لم يوجد فيه بخلاف ولد المدبرة فإنه يتبعها في التدبير فإذا بطل فيها بقي فيه

« مسألة » قال (وإذا أسلمت أم ولد النصراني منع من غشيانها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها فان أسلم حلت له وإذا مات عتقت)

هذه المسألة يؤخر شرحها الى باب عتق أمهات الأولاد فانه أليق بها .

« مسأله » قال (وإذا قال لأمته أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين أقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو حر اذا أشكل أولهما خروجاً)

إنما كان كذلك لأن أحدهما استحق العتق ولم يعلم بعينه فوجب إخراجه بالقرعة ، كما لو قال لعبيده أحكم حر ، وقد سبق القول في هذه المسألة ، فأما ان علم أولهما خروجاً فهو الحر وحده ، وهذا قول مالك والثوري وأبي هاشم والشافعي وابن المنذر ، وقال الحسن والشعبي وقتادة : إذا ولدت ولدين في بطن فهما حران ولنا انه إذا اعتق الأول والذي خرج أولاً هو أول المولودين ، فاختص العتق به كما لو ولدتهما في بطنين .

(فصل) فان ولدت الأول ميتاً والثاني حياً فذكر الشريف انه يعتق الحى منهما ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال أبو يوسف - ومحمد والشافعي . لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح ان شاء الله تعالى ، لان شرط العتق إنما وجد في الميت وليس بمحل للعتق فأنحلت اليمين به ، وإنما قلنا ان شرط العتق إنما وجد فيه لانه أول ولد بدليل انه لو قال لأمته اذا ولدت ولداً فأنت حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت .

ووجه الأول ان العتق يستحيل في الميت فتعلقت اليمين بالحى ، كما لو قال ان ضربت فلاناً فعبدي حر فضربه حياً عتق وإن ضربه ميتاً لم يعتق ، ولانه معلوم من طريق العادة انه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه ، وهو ان يكون حياً فتصير الحياة مشروطه فيه ، فكانه قال أول ولد تلدينه حياً فهو حر .

(فصل) وان قال لأمته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته في قول جمهور العلماء ، منهم مالك والشافعي والاوزاعي والليث والثوري ، قال ابن المنذر ولا احفظ عن غيرهم خلافهم ، فان باع الأمه ثم ولدت لم يعتق ولدها لأنها ولدتهم بعد زوال ملكه .

(فصل)

فإن قال أول غلام أملكه فهو حر انبنى ذلك على العتق قبل الملك ،
وفيه روايتان .

فإن قلنا يصح عتق أول من يملكه ، فإن ملك اثنين عتق أحدهما بالقرعة في
قياس قول أحد ، فإنه قال في رواية مهنا : إذا قال أول من يطلع من عبيدى فهو
حر فطلع اثنان أو جميعهم فإنه يقرع بينهم ، ويحتمل أن يعتقا جميعا لأن الاوابة
وجدت فيهما جميعا فتثبت الحرية فيهما ، كما لو قال في المسابقة من سبق فله عشرة
فسبق اثنان اشتركا في العشرة .

وقال النخعي : يعتق أيهما شاء . وقال أبو حنيفة : لا يعتق واحد منهما
لأنه لا أول فيهما ، لأن كل واحد منهما مساو للآخر ، ومن شرط الاولية
سبق الأول .

ولنا أن هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا أول كالأحد ، وليس من شرط
الأول أن يأتى بعده ثان ، بدليل ما لو ملك واحدا ولم يملك بعده شيئا : وإذا
كانت الصفة موجودة فيهما ، فإما أن يعتقا جميعا أو يعتق أحدهما وتعينه القرعة
على ما ذكرنا من قبل ، وكذلك الحكم فيما إذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت
اثنين وخرجا جميعا معا فالحكم فيهما كذلك .

(فصل) وإن قال آخر عبد أملكه فهو حر ، فملك عبيدا لم يحكم بعتق واحد
منهم حتى يموت لانه ما دام حيا فهو يحتمل أن يملك عبدا يكون هو الآخر ،
فإذا مات عتق آخرهم وتبيننا انه كان حرا حين ملكه فيكون اكسابه له ، وإن
كانت أمة كان أولادها أحرارا من حين ولدتهم لأنهم أولاد حرة ، وإن كان
وطئها فعليه مهرها لانه وطئ حرة أجنبية ولا يحل له أن يطأها حين ملكها حتى
يملك بعدها غيرها ، لانه ما لم يملك بعدها غيرها فهي آخر في الحال ، وإنما يزول
ذلك بملك غيرها فوجب أن يحرم الوطء ، وإن ملك اثنين دفعة واحدة ثم مات
فالحكم في عتقهما كالحكم فيما إذا ملك اثنين في المسألة التي قبلها .

« مسأله ، قال (وإذا قال العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال فأعتقني ففعل فقد صار حراً وعلى المشتري أن يؤدي إلى البائع مثل الذي اشتراه به وولاؤه للذي اشتراه إلا أن يكون قال له بعني بهذا المال ، فيكون الشراء والعتق باطلاً ويكون السيد قد أخذ ماله)

وجملته أن العبد إذا دفع إلى أجنبي مالا وقال اشترني من سيدي بهذا المال فأعتقني ففعل لم يخل من أن يشتريه بعين المال أو في ذمته ثم ينقد المال فإن اشتراه في ذمته فأعتقه فالشراء صحيح والعتق جائز لانه ملكه بالشراء فنقد عتقه له وعلى المشتري أداء الثمن الذي اشتراه به ، لانه لزمه الثمن بالبيع ، والذي دفعه إلى السيد كان ملكاً له لا يحتسب له به من الثمن فيبقى الثمن واجباً عليه يلزمه أداؤه وكان العتق من ماله والولاء له ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر

وأما ان اشتراه بعين المال فالشراء باطل والعتق غير واقع لانه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير اذنه فلم يصح الشراء ولم يقع العتق لانه أعتق مملوك غيره بغير اذنه ويكون السيد قد أخذ ماله لان ما في يد العبد محكوم به لسيده .

وعلى الرواية التي تقول ان النقود لا تتعين بالتعيين في العقود يصح البيع والعتق ويكون الحكم كما لو اشتراه في ذمته ، ونحو هذا قال النخعي وإسحاق فإنها قالا : الشراء والعتق جائزان ، ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق .

وقال الحسن : البيع والعتق باطلان . وقال الشعبي : لا يجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضاً ؛ وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق ، وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى ان شاء الله تعالى .

(فصل)

ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد أحدهما خمسين ديناراً على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه عتق وسرى إلى باقيه ان كان موسراً ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد ، لأن ما في يد العبد يكون بين سيديه لا ينفرد به أحدهما ، الا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق ، وان كان العوض مستحقاً اذ لم يقع

العتق على عينها ، وإذا سمى خمسين ثم دفعها إليه ، وإن أوقع العتق على غينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ويسرى العتق إلى نصيب شريكه فيرجع بقيمته ويكون الولاء للعتق .

(فصل) ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه فقال الوكيل نصيبى حر عتق وسرى إلى نصيب شريكه ويكون الولاء له ، وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسرى إلى نصيبه والولاء للموكل ، وإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئا احتمل أن ينصرف إلى نصيبه لأنه لا يحتاج إلى نية ونصيب شريكه يفتقر إلى النية ولم ينو ذلك واحتمل أن ينصرف إلى نصيب شريكه لأنه أمره بالاعتاق فانصرف إلى ما أمر به .

ويحتمل أن ينصرف إليهما لأنهما تساويا فانصرف إليهما وأيهما حكنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ، ويحتمل أن لا يضمن لأن الوكيل إن أعتق نصيبه فسرى إلى نصيب شريكه لم يضمنه لأنه ما ذون له في العتق وقد أعتق بالسراية فلم يضمن كن أذن له في اتلاف شيء فإنه لا يضمنه وإن أتلفه بالسراية ، وإذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان لأنه مباشر لسبب الاتلاف فلم يجب له ضمان ما تلف به ، كما لو قال له أجنبي اعتق عبدك فأعتقه والله أعلم

كتاب التدبير

ومعنى التدبير تعليق عتق عبده بموته ، والوفاة دبر الحياة ، يقال دابر الرجل يدابر مدبرة إذا مات ، فسمى العتق بعد الموت تدبيراً لأنه إعتاق في دبر الحياة ، والأصل فيه السنة والإجماع .

أما السنة فما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دبر منه فاحتاج ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من يشتريه مني ؟ » فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه وقال : « أنت أحوج منه » متفق عليه .

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين إن كان عليه وإنفاذ وصاياه إن كان وصى ، وكان السيد بالغاً جائز الأمر أن الحرية تجب له أو لها .

« مسألة ، قال (وإذا قال لعبده أو أمته أنت مدبر أو قد دبرتك أو أنت حر بعد موتى فقد صار مدبراً)

وجملة ذلك أنه إذا علق صريح العتق بالموت فقال أنت حر أو محرر أو عتق أو معتق بعد موتى صار مدبراً بلا خلاف نعله ؛ وأما إن قال أنت مدبر أو قد دبرتك فإنه يصير مدبراً بنفس اللفظ من غير انتقار إلى نية ؛ وهذا منصوص الشافعي .

وقال بعض أصحابه فيه قول آخر أنه ليس بصريح في التدبير ويفتقر إلى النية لأنهما لفظان لم يكثر استعمالهما فافتقرا إلى النية كالكنائيات .

ولنا أنهما لفظان وضعا لهذا العقد فلم يفتقر إلى النية كالبيع ويفارق الكنائيات فإنها غير موضوعة له ويشاركها فيه غيرها فافتقرت إلى النية للتعين ، ويرجع أحد المحتملين بخلاف الموضوع .

(فصل) ويعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال في قول أكثر أهل العلم . يروى ذلك عن علي وابن عمر ، وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد

ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهرى وقتادة وحماد ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . وروى عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعى وسعيد بن جبير أنه يعتق من رأس المال لأنه عتق فينفذ من رأس المال كالعتق في الصحة وعتق أم الولد وأنا أنه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ، ويفارق العتق في الصحة فإنه لم يتعلق به حق غير المعتق فينفذ في الجميع كالحبة المنجزة . وقد نقل حنبل عن أحمد أنه يعتق من رأس المال وليس عليها عمل ، قال أبو بكر : هذا قول قديم رجع عنه أحمد الى ما نقله الجماعة .

(فصل)

وإن اجتمع العتق في المرض والتدبير قدم العتق لأنه أسبق ، وإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا لأنهما جميعا عتق بعد الموت ، ويحتمل أن يقدم التدبير لأن الحرية تقع فيه عند الموت . والوصية تقف على الإعتاق بعده (فصل) ويجوز التدبير مطلقاً ومقيداً فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر كقوله . أنت حر بعد موتى والمقيد ضربان . أحدهما : خاص نحو أن يقول : إن مات من مرضى هذا أو سفرى هذا أو فى بلدى هذا أو عامى هذا فأنت حر ، فهذا جائز على ما قال إن مات على الصفة التى شرطها عتق العبد والا لم يعتق وقال مهنا : سألت أحمد عن قال لعبدك أنت حر مدبر اليوم ؟ قال يكون مدبراً ذلك اليوم فإن مات ذلك اليوم صار حراً يعنى إذا مات المولى .

الضرب الثانى : أن يعلق التدبير على صفة مثل أن يقول : إن دخلت الدار أو إن قدم زيد أو إن شفى الله مريضى فأنت حر مدبر أو فأنت حر بعد موتى فهذا لا يصبر مدبراً فى الحال لأنه علق التدبير على شرط وإذا وجد صار مدبراً وعتق بموت سيده ، وإن لم يوجد الشرط فى حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق لأن اطلاق الشرط فى حياة السيد يقتضى وجوده فى الحياة بدليل ما لو علق عليه عتقاً منجزاً فقال إذا دخلت الدار فأنت حر فدخلها بعد موته لم يعتق ، وكألو قال لو كيله بع عبدي فمات الموكل قبل بيعه بطلت وكالته ، ولأن المدبر من علق عتقه بالموت وهذا قبل الموت لم يكن مدبراً أو بعد الموت لا يمكن حدوث التدبير .

وان قال ان دخلت الدار بعد موتى فانت حر فقد كر أبو الخطاب فيها روايتين
إحداهما : لا يعتق وهو قياس المنصوص عنه في قوله أنت حر بعد موتى يوم
أو شهر فإنه قال لا يعتق لأنه علق العتق بصفة توجد في ملك غيره فلم يعتق كما لو
قال ان دخلت الدار بعد بيعي إياك فانت حر ، ولأنه إعتاق له بعد قرار ملك غيره
عليه فلم يعتق كالمعجز .

والثانية : يعتق وهو الذي ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعى لأنه صرح
بذلك لحمل عليه كما لو وصى بإعتاقه وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بشئها ويفارق
التصرف بعد البيع فإن الله تعالى جعل الانسان التصرف بعد موته في ثلثه بخلاف
ما بعد البيع والاول أصح ان شاء تعالى ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة لأن
المالك لا يستمر للورثة فيه ولا يملكون التصرف فيه بخلاف مسألتنا .

وقولهم : حصل له التصرف في ثلثه . قلنا : إنما يتصرف فيه تصرفا يثبت
عقوب موته وينع انتقاله الى الوارث وإن ثبت للوارث فهو ثبوت غير مستقر
وقد قيل : يكون مراعى فإذا قبل الموصى له تبينا أن الملك كان له من حين الموت
وان لم يقبل تبينا أنه كان للوارث فعلى قولنا لا يعتق بالدخول بعد الموت للوارث
التصرف فيه كيف شاء ومن صحح هذا الشرط احتمل أن يمنع الوارث من التصرف
في رقبته لأنه يستحق العتق فأشبه الموصى بعتقه واحتمل أن لا يمنعه لأنه علق
عتقه على صفه غير الموت فلم يمنع من التصرف فيه كما لو قال لعبدى إن دخلت
الدار فانت حر فأما كسبه قبل عتقه فهو للوارث لأن الملك فيه مستقر قبل وجود
الشرط كما لو كان الوارث هو الذى علق عتقه .

(فصل)

فإن قال أنت حر بعد موتى بشهر أو قال يوم فقال أحمد في رواية مهنا
لا يعتق ولا تصح هذه الصفة وقال أيضا : سألت أحمد عن رجل قال لعبدى
أنت حر بعد موتى بشهر بألف درهم فقال هذا كله لا يكون شيئا بعد موته ،
وهذا اختيار أبى بكر .

وذكر القاضيان ابن أبى موسى وأبو يعلى فيها رواية أخرى أنه يعتق إذا
وجدت الصفتان الموت ومعنى المدة المذكورة وهذا قال الثورى وأبو يوسف

وإسحاق ، ووجه الروایتين ما تقدم ، وقال أصحاب الراى : لا يعتق حتى يعتقه الوارث وعلى قول من قال يعتق يكون قبل الموت ملكا للوارث وكسبه له كأم الولد والمدير فى حياة السيد ، وان كان أمة فولدت قبل وجود الصفة فولدها يتبعها فى التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هى .

(فصل)

إذا قال لعبده إذا قرأت القرآن فانت حر بعد موتى فقرأ القرآن جميعه صار مدبرا وان قرأ بعضه لم يصر مدبرا ، وان قال إذا قرأت قرآنا فانت حر بعد موتى فقرأ بعض القرآن صار مدبرا لأنه فى الأولى عرفه بالالف واللام المقتضية للاستغراق فعاد الى جميعه ، وههنا نكره فانتضى بعضه ، فإن قيل : فقد قال الله تعالى (فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) وقال (وإذا قرأت القرآن جملنا بينك وبين الذين لا يؤمنون بالآخرة حجابا مستورا) ولم يرد جميعه ، قلنا : قضية اللفظ تتناول جميعه لأن الألف واللام للاستغراق وإنما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض فى غير ذلك الموضع بغير دليل ولأن قربنة الحال تقتضى قراءة جميعه لأن الظاهر أنه أراد ترغيبه فى قراءة القرآن بتعليق الحرية به ومجازاته على قراءته بالحرية والظاهر أنه لا يجازى بهذا الأمر الكثير ولا يرغب به إلا فيما يشق . أما قراءته آية أو آيتين فلا .

(فصل) فإن قال لعبده إن شئت فانت حر بعد موتى أو إذا شئت أو متى شئت أو أى وقت شئت فانت حر بعد موتى فهو تدبير بصفة فتمت شأه فى حياة سيده صار مدبرا يعتق بموت سيده كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر بعد موتى فدخلها فى حياته وان مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة كما لو مات فى المسألة الأخرى قبل دخول الدار .

وان قال متى شئت بعد موتى فانت حر أو أى وقت شئت بعد موتى فانت حر فهذا تعليق للعتق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا أنه لا يصح وان قول القاضى صحته ، فعلى قوله يكون ذلك على التراخى فتمت شأه بعد موت سيده عتق وما كان له من كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده لأنه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فإن كسبه قبل القبول وجهين .

أحدهما : أنه يكون للوصي له لأننا تبينا أنه ملصكه من حين الموت وههنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحداً لأنه عتق معلق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحداً ، وذكر القاضي في قوله إذا شئت أو ان شئت فأنت حر بعد موتى أنه على الفور فإن شاء في المجلس صار مدبراً وإن تراخت المشيئة عن المجلس بطلت ولم يصير مدبراً بالمشيئة بعده بناء على قوله : اختارى نفسك فإن الاختيار يقف على المجلس وهذا في معناه .

وإن قال ان شئت بعد موتى أو إذا شئت بعد موتى فأنت حر كان على الفور أيضاً فتى شاء عقيب موت سيده أو في المجلس صار حراً وإن تراخت مشيئته عن المجلس لم تثبت فيه حرية ، وقد ذكر في الطلاق أنه إذا قال أنت طالق ان شئت وشاء أبوك وشاءا معا وقع الطلاق سواء شاءا على الفور أو التراخي ، أو شاء أحدهما على الفور والآخر على التراخي وهذا مثله فيخرج في كل مسألة مثل ما ذكر في الأخرى .

(فصل)

إذا قال لعبد إذا مات فأنت حر أو لا ؟ أو قال فأنت حر ؟ أو لست بحر ؟ لم يصير مدبراً لأنه استفهام ولم يقطع بالعتق فأشبه ما لو قال لزوجته أنت طالق أو لا ؟ وقد ذكرنا ذلك في الطلاق

(فصل) وإذا دبر أحد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير إلى نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً ، وذكر أبو الخطاب وجهاً أنه يسرى تدبيره إذا كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه وهو قول أبي حنيفة لأنه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالأستيلاذ وللشافعي قولان كالْمذهبين .

ولنا أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ويفارق الاستيلاذ فإنه آكد ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلاذها ولا يجوز بيعها ، والمدبر بخلاف ذلك فعلى هذا إذا مات المدبر عتق نصيبه ان خرج من الثلث وهل يسرى إلى نصيب شريكه ان كان موسراً ؟ فيه روايتان ذكرهما الحرقى في غير هذا الموضع وان أعتق الشريك نصيبه قبل موت المدبر وهو مرسر عتق وسرى إلى نصيب المدبر .

وذكر القاضي وأبو الخطاب فيها وجهين وللشافعي فيها قولان . أحدهما :
كقولنا . والثاني : لا يسرى عتقه ، وهو قول أبي حنيفة لأن المدير قد استحق
الولاء على العبد بموته فلم يكن للآخر إبطاله .

وأنا قوله عليه السلام : من أعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ قيمة العبد
قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم وإلا فقد عتق منه ما عتق ، ولأنه
إذا سرى إلى إبطال الملك الذي هو آكد من الولاء فالولاء أولى ، وما ذكرناه
لا أصل له ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة .

فصل

وان دبر كل واحد منهما نصيبه مات أحدهما عتق نصيبه وبقي
نصيب الآخر على التدبير ان لم ينف ثلثه بقيمة حصته شريكه وان كان ينف به فهل
يسرى العتق إليه ؟ على روايتين .

وان قال كل واحد منهما اذا متنا فأنت حر فقال أبو بكر قال أحد اذا مات
أحدهما فنصيبه حر وظاهر هذا أن أحد جمل هذا اللفظ تدبيرا من كل واحد
منهما لنصيبه ومعناه اذا مات كل واحد منا فنصيبه حر فانه قابل الجملة بالجملة فيصرف
إلى مقابلة البعض بالبعض كقوله ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا
رماحهم يريد لبس كل انسان ثوبه وركب دابته وأخذ رمحه ، وكذلك ان قال
أعتقوا عبيدكم كان معناه أعتق كل واحد عبده .

وقال القاضي هذا تعليق للحرية بموتها جميعا وانما قال أحد يعتق نصيبه بناء
على أن وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها ولا يصح هذا لأنه لو كانت هذه
العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل واحد منهما ولأننا قد أبطالنا هذا القول
بما ذكرنا من قبل ومقتضى قول القاضي أن لا يعتق شيء منه قبل موتها جميعا ،
وان قال كل واحد منهما أردت أن العبد حر بعد آخرنا موتا انبنى هذا على تعليق
الحرية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا الخلاف في ذلك ، فإن قلنا بجواز
ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعا ، وان قلنا لا يصح ذلك عتق نصيب
الآخر منهما بالتدبير وفي سرأته إلى باقيه ان كان ثلثه يحتمل ذلك روايتان .

وان قال كل واحد منهما اذا مات قبل شريكى فنصيبى له فاذا مات فهو حر
وان مات بعده فنصيبى حر فقد وصى كل واحد منهما للآخر فاذا مات أحدهما
صار العبد كله للآخر فاذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه كله له ان قلنا لا يصح
تعليق العتق على صفة بعد الموت ، وان قلنا يصح عتق عليهما ولاؤه بينهما .

« مساله ، قال (وله بيعه فى الدين)

ظاهر كلام المحرقى أنه لا يباع فى الدين وقد أوما اليه أحمد ، وقال مالك لا يباع
الا فى دين يغلب رقة العبد فاذا كان العبد يساوى ألفا فكان عليه خمسمائة لم يبع
العبد ، وروى عن أحمد أنه قال أنا أرى بيع المدبر فى الدين ، واذا كان فقيرا
لا يملك شيئا رأيت أن أبيعته لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد باع المدبر لما علم أن
صاحبه لا يملك شيئا غيره ، باعه النبى صلى الله عليه وسلم لما علم حاجته وهذا
قول اسحاق وأبى أيوب وأبى خيثمة وقالوا ان باعه من غير حاجة أجزأه ونقل
جماعة عن أحمد جواز بيع المدبر مطلقا فى الدين وغيره مع الحاجة وعدمها ، قال
اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن بيع المدبر اذا كان بالرجل حاجة الى ثمنه قال
له أن يبيعه محتاجا كان الى ذلك أو غير محتاج وهذا هو الصحيح :

وروى مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وهو قول
الشافعى وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبى والنخعى وابن سيرين
والزهري والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وأصحاب الراى ومالك لا من
ابن عمر رضى الله عنهما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يباع المدبر
ولا يشتري ، ولأنه استحق العتق بموت سيده أشبه أم الولد .

وانما ما روى جابر رضى الله عنه « أن رجلا أعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من يشتريه منى ؟ فباعه من نعيم بن عبد الله
بثمانائة درهم فدفعها اليه وقال : أنت أحوج منه ، متفق عليه .

قال جابر عبد قبطى مات عام أول فى اماراة ابن الزبير ، وقال أبو اسحاق
الجوزجاني صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق ، والخبر اذا ثبت استغنى به
عن غيره من رأى الناس ولاؤه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو

قال إن دخلت الدار فأنت حر ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية ، قال أحمد : يقولون من قال غلامى حر رأس الشهر فله يبيعه قبل رأس الشهر ، وإن قال غداً فله يبيعه اليوم ، وإن قال إذا مت قال لا يبيعه فالموت أكثر من الاجل ، ليس هذا قياساً أن جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل مجيء الموت ، وهم يقولون فيمن قال ان مت من مرضى هذا فعبدى حر ثم لم يموت من مرضه ذلك فليس بشيء . وإن قال ان مت فهو حر لا يباع هذا متناقض إنما أصله الوصية من الثلث فله أن يغير وصيته ما دام حياً .

فأما خبرهم فلم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم إنما هو من قول ابن عمر . وقال الطحاوى هو عن ابن عمر وليس بمسند عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ويحتمل أنه أراد بعد الموت أو على الاستحباب ، أما أم الولد فإن عتقها ثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ولا يمكن إبطاله بحال والتدبير بخلافه ، ووجه قول الخرقى أن النبي (ص) إنما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة .

« مسألة ، قال : (ولا تباع المدبرة في الدين إلا في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله ، والرواية الأخرى الأمة كالعبد) »

لا نعلم هذا التفريق بين المدبرة والمدبر عن غير إمامنا رحمه الله ، وإنما احتاط في رواية المنع من بيعها لأن فيه إباحة فرجها وتسلط مشتريها على وطئها مع وقوع الخلاف في بيعها وحلها فذكره الإقدام على ذلك مع الاختلاف فيه ، والظاهر أن هذا المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم البات فإنه إنما قال لا يعجنى بيعها ، والصحيح جواز بيعها فإن عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ، ولأن المدبرة في معنى المدبر فما ثبت فيه ثبت فيها .

« مسألة ، قال : (فإن اشتراه بعد ذلك رجع في التدبير) »

وجملة ذلك أن السيد إذا دبر عبده ثم باعه ثم اشتراه عاد تدبيره لأنه علق عتقه بصفة فإذا باعه ثم اشتراه عادت الصفة . كما لو قال أنت حر إن دخلت الدار ثم باعه ثم اشتراه ، وذكر القاضي أن هذا مبني على أن التدبير تعليق بصفة

وفيه رواية أخرى أنه وصية فتبطل بالبيع ولا تعود ، لأنه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه ، ومذهب الشافعي مثل هذا ، إلا أن عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان ، والصحيح ما قال الخرقي ، لأن التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه ، بل هو جامع للأمرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمها فيه .

« مسألة ، قال (ولو دبره ثم قال قد رجعت في تدبيرى أو قد أبطلته لم يبطل لأنه علق العتق بصفة في إحدى الروايتين والأخرى يبطل التدبير)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولاً فالصحيح أنه لا يبطل لأنه علق العتق بصفة فلا يبطل ، كما لو قال لعبدى إن دخلت الدار فأنت حر ، والثابتة يبطل لأنه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية لحجاز الرجوع فيه بالقول كما لو وصى له بعد آخر ، وهذا قول الشافعي القديم .

وقوله الجديد كالرواية الأولى وهو الصحيح لأنه تعليق للعتق بصفة ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه لأنه لا يملك نفسه وإنما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ، ولهذا لا تقف الحرية على قبوله ولا اختياريه وتتنجز عقيب الموت كتتنجزها عقيب سائر الشروط ولأنه غير ممتنع أن يجمع الأمرين فيثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويحتمل أن يحصل العتق بالموت .

(فصل)

إذا قال السيد لمدبره : إذا أدبت إلى ورثتى كذا فأنت حر فهو رجوع عن التدبير ، وينبنى على الروايتين أن قلنا له الرجوع بالقول فظاهره أنه بطل التدبير وهنا ، وإن قلنا ليس له الرجوع لم يؤثر القول شيئاً ، وإن دبره كله ثم رجع في نصفه صح إذا قلنا له الرجوع في جميعه ، لأنه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه وإن غير التدبير فكان مطلقاً لجعله مقيداً صار مقيداً إن قلنا بصحة الرجوع في التدبير والا فلا ، وإن كان مقيداً وأطلقه صح على كل حال لأنه زيادة فلا يمنع منها . وإذا دبر الآخرس وكانت إشارته أو كتابته معلومة

صح تدبيره ، ويصح رجوعه ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير ، لأن اشارته وكتابه تقوم مقام نطق الناطق في أحكامه ، وان دبر وهو ناطق ثم صار أخرس صح رجوعه بإشارته المعلومة أو كتابته ، وان لم تفهم اشارته فلا عبرة بها لأنه لا يعلم رجوعه .

(فصل) واذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لأنه تعليق للعتق بصفة فإن مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركه سيده قيمته فتكون رهنا مكانه لأن عتقه بسبب من جهة سيده فأشبهه ما لو باشره بالعتق ناجزاً .

(فصل) وان ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لان ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع ان كان مقدوراً عليه ، فإن سباه المسلمون لم يملكوه لأنه مملوك لمعصوم ويرد الى سيده ان علم به قبل قسمه ويستتاب فإن تاب والا قتل ، وان لم يعلم به حتى قسم لم يرد الى سيده في احدى الروايتين .

والاخرى ان اختار سيده أخذه بالثمن الذي حسب به على أخذه أخذه ، وان لم يختار أخذه بطل تدبيره ، ومتى عاد الى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره ، وان لم يعد الى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان رقيقاً لمن هو في يده ، وان مات سيده قبل سببه عتق ، فإن سبي بعد هذا لم يرد الى ورثة سيده لان ملكه زال عنه بحريته فصار كأحرار دار الحرب ولكن يستتاب فإن تاب وأسلم صار رقيقاً يقسم بين الغانمين ، وان لم يثبت قتل ولم يحجز استرقاقه لأنه لا يجوز اقراره على كفره . وقال القاضي : لا يجوز استرقاقه اذا أسلم ، وهو قول الشافعي ، لان في استرقاقه ابطال ولاء المسلم الذي أعتقه

ولنا أن هذا لا يمنع قتله واذهاب نفسه وولائه ، فلأن لا يمنع تملكه أولى ، ولان المملوك الذي لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين اذا لم يعرف مالكه بعينه ، ويثبت فيه اذا قسم قبل العلم بمالكه ، والمملك آكد من الولا ، فلأن يثبت مع الولا وحده أولى .

فعلى هذا لو كان المدبر ذمياً فلاحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ثم

قدر عليه المسلمون فسبوه ملكوه وقسموه . وعلى قول القاضى ومذهب الشافعى لا يملكونه ، فإن كان سيده ذمياً جاز استرقاقه فى قول القاضى ، ولأصحاب الشافعى فى استرقاقه وجهان :

أحدهما يجوز ، وهذا حجة عليهم لأن عصمة مال الذمى كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه ، سواء كان مسلماً أو ذمياً ووجوب ضمانه وتحريم تملك ماله إذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون فأدركه صاحبه قبل القسمة وقال القاضى : الفرق بينهما أن سيده ههنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتقه بخلاف المسلم ، قلنا إنما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده ، وأما إذا ارتد مدبره فإن عصمة ولائه ثابتة بعصمة من له ولاؤه وهو والمسلم فى ذلك سواء ، فإذا جاز إبطال ولاه أحدهما جاز فى الآخر مثله .

(فصل) فإن ارتد سيد المدبر فذكر القاضى أن المذهب أنه يكون موقوفاً فإن عاد إلى الإسلام فالتدبير باق بحاله لأننا تبينا أن ملكه لم يزل ، وإن قتل أو مات على رده لم يعتق المدبر لأننا تبينا أن ملكه زال برده وقال أبو بكر . قياس قول أبى عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة فإن عاد إلى الإسلام استأنف التدبير . وقال الشافعى : التدبير باق ويعتق بموت سيده لأن تدبيره سبق رده فهو كبيعته وهبته قبل ارتداده ، وهذا ينبى على القول فى مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال برده ؟ وقد ذكر فى باب المرتد ، فأما إن دبر فى حال رده فتدبيره مراعى ، فإن عاد إلى الإسلام تبينا أن تدبيره وقع صحيحاً وإن قتل أو مات على رده تبينا أنه وقع باطلاً ولم يعتق المدبر وقال ابن أبى موسى تدبيره باطل ، وهذا قول أبى بكر لأن الملك عنده يزول بالردة وإذا أسلم رد إليه تملكاً مستأنفاً .

« مسألة ، قال (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فولدها بمنزلتها)

وجملته أن الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين . أحدهما أن يكون موجوداً حال تدبيرها ، ويعلم ذلك بأن تأتى به لأقل من ستة أشهر من

حين التدبير فهذا يدخل معها في التدبير بلا خلاف نعلمه لأنه بمنزلة عضو من أعضائها فإن بطل التدبير في الأم لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل في الولد لأنه ثبت فيه أصلا .

الحال الثاني : أن تحمل به بعد التدبير فهذا يتبع أمه في التدبير ويكون حكمه كحكمها في العتق بموت سيدها في قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز والزهرى ومالك والثوري والحسن بن صالح وأصحاب الرأي .

وذكر القاضى أن حنبلا نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد إذا لم يشترط المولى قال فظاهر هذا أنه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها ، وهذا قول جابر بن زيد وعطاء ، وللشافعى قولان كالْمذهبين . أحدهما لا يتبعها وهو اختيار المزنى لأن عتقها معلق بصفة تثبت بقول المعتق وحده فأشبهت من علق عتقها بدخول الدار قال جابر بن زيد إنما هو بمنزلة الحائط تصدقت به إذا مت فإن ثمرته لك ما عشت ولأن التدبير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها

ولنا ما روى عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا : ولد المدبرة بمنزلاتها ، ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفا فكان اجماعا ، ولأن الأم استحققت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كأم الولد ، ويفارق التعليق بصفة في الحياة والوصية من جهة أن التدبير أكد من كل واحد منهما لأنه اجتمع فيه الامران ، وما وجد فيه سببان أكد عما وجد فيه أحدهما ، وكذلك لا تبطل بالموت ولا بالرجوع عنه ، فعلى هذا ان بطل التدبير في الأم لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل في ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت أمه باقية على التدبير فإن لم يتسع الثلث لها جميعا أقرع بينهما فأيهما وقعت القرعة عليه عتق ان احتمله الثلث والا عتق منه بقدر الثلث ، وان فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر كما لو دبر عبدا وأمة معا ، وأما الولد الذى وجد قبل التدبير فلا نعلم خلافا في أنه لا يتبعها لأنه لا يتبع في العتق المنجز ولا في حكم الاستيلاد ولا في الكتابة فلأن لا يتبع في التدبير أولى ، قال الميمونى قلت لاحد ما كان من ولد المدبرة قبل أن تدبر يتبعها

قال لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك إنما يتبعها ما كان بعد ما دبرت .
 وقال حنبل : سمعت عمى يقول في الرجل يدبر الجارية ولها واد ؟ قال ولدها
 معها ، وجعل أبو الخطاب هذه رواية في أن ولدها قبل التدبير يتبعها ، وهذا بعيد
 والظاهر أن أحد لم يرد أن ولدها قبل التدبير معها ، وإنما أراد ولدها بعد التدبير
 على ما صرح به في غير هذه الرواية ، فإن ولدها الموجود لا يتبعها في عتق ولا
 كتابة ولا استبدال ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الأسباب الناقلة
 للملك في الرقبة .

(فصل)

فإن علق عتق أمته بصفة ، نظرنا فإن كانت حاملا حين التعليق تبعها فيه ، لأنه
 كعضو من أعضائها ، وإن كانت حاملا حين وجود الصفة عتق معها لذلك ، وإن
 حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة ، لم يتبعها في الصفة ولم يعتق بوجودها
 وفيه وجه آخر : أنه يعتق بها ويتبع أمه في ذلك ، ولا أصحاب الشافعي وجهان
 كهذين : ووجه اتباعه إياها أنها استحققت الحرية فتبعها ولدها كالمدبرة .

ولنا أنه يملكها مملوكا كاملا ويباح له التصرف في رقبتهما بأنواع التصرفات
 بغير خلاف فلم يعتق ولدها بعثقها كالموصى بعثقها أو الموكل فيه ، وتفارق المدبرة
 فإن التدبير آكد لما ذكرنا ، ولهذا اختلف في جواز بيعها والتصرف فيها .

(فصل) فأما واد المدبر ، فحكمه حكم أمه لا نعلم فيه خلافا ، وهذا قول
 ابن عمر وعطاء والزهرى والأوزاعي والليث ، وذلك لأن الولد يتبع الأم في
 الرق والحرية وإن تسرى باذن سيده فولد له أولاد ، فروى عن أحمد أنهم يتبعونه
 في التدبير .

وروى ذلك عن مالك ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن إباحة
 التسرى قننى على ثبوت الملك ، وولد الحر من أمته يتبعه في الحرية دونها ،
 كذلك ولد المدبر من أمته يتبعه دونها ، ولأنه ولد من يستحق الحرية من أمته
 فيتبعه في ذلك كولد المكاتب من أمته .

(فصل) وإذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع ،

لم يتبعها ولدها لان الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ففي الرجوع
أولى ، وان رجع في تدبيره وحده جاز ، لانه إذا جاز الرجوع في الام المباشرة
بالتدبير ، ففي غيرها أولى ، وان رجع في تدبيرها جاز ، كما لو دبرها وابنها المنفصل
وان دبرها حاملاً ثم رجع في تدبيرها حال حملها : لم يتبعها الولد في الرجوع ،
لان التدبير إعتاق ، والإعتاق مبن على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس
ذلك فلم يتبع الولد فيه ، وهذا كما لو ولد له توأمان فأقر بأحدهما لزماء جميعاً ،
وان نفى أحدهما لم ينفى الآخر ، وان رجع فيهما جميعاً جاز ، وان رجع في
أحدهما دون الآخر جاز .

وان دبر الولد دون أمه أو الام دون ولدها جاز ، لانه يجوز أن يعتق كل
واحد منهما دون صاحبه ، فجواز أن يدبر أحدهما دون صاحبه أولى ، ولانه
تعليق للعتق بصفة ، فجواز في أحدهما دون الآخر ، كالتعليق بدخول الدار ، وان
دبر أمته . ثم قال : ان دخلت الدار فقد رجعت في تدبيرى لم يصح ، لان
الرجوع لا يصح تعليقه بصفة ، وان قال : كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره
لم يصح لذلك .

(فصل) وإذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في ولدها فقالت ولدتهم بعد
تدبيرى فعتقوا معى : وقال الورثة بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا ،
فالقول قول الورثة مع أيمانهم ، لان الاصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم ، فاذا
لم تسكن بينة ، فالقول قول من يوافق قوله الاصل .

(فصل) وكسب المدبر في حياة سيده لسيدته وله أخذه منه ، لان التدبير
لا يخرج عن شبهة بالوصية بالعتق أو بالتعليق له على صفة أو بالاستيلاد ، وكل
هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر ، فان اختلف هو وورثة سيده فيما في يده
بعد عتقه ، فقال : كسبته بعد حرى ، وقالوا : بل قبل ذلك ، فالقول قوله ، لانه
في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فانه كان رقيقاً لهم ، فان أقام كل واحد
منهما بينة بدعواه قدمت بينة الورثة عند من يقدم بينة الخارج ، وبينة المدبر عند
من يقدم بينة الداخل .

وان أقر المدبر أن ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته ، قالقول قول الوارث ، لأن الأصل معهم ، فإن أقام المدبر بينة بدعواه قبلت وتقدم على بينة الورثة إن كانت لهم بينة ، لأن بينة المدبر تشهد بزيادة وان لم يقر المدبر بأنه كان في يده في حياة سيده فأقام الورثة بينة به ، فهل تسمع بينتهم ؟ على وجهين .

« مسألة ، قال (وله إصابة مدبرته)

يعنى له وطؤها ، روى عن ابن عمر أنه دبر أمتين ، وكان يطؤها ، ومن رأى ذلك ابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء والثوري والنخعي ومالك والاوزاعي والليث والشافعي ، قال أحمد : لا أعلم أحداً كره ذلك غير الزهري ، وحكى عن الاوزاعي أنه كان يقول : ان كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده ، وان كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد تدبيرها .

ولنا : أنها مملوكة لم تشتتر نفسها منه فحل له وطؤها ، لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين) وكأم الولد .

(فصل) وابنة المدبرة كأمها في حل وطئها ان لم يكن وطئ أمها وعنه ليس له وطؤها لأن حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد المكاتب .

ولنا أن ملك سيدها تام عليها فحل له وطؤها للآية وكأمها واستحقاقها للحرية لا يزيد على استحقاق أمها ولم ينزع ذلك وطأها ، وأما ولد المكاتبه فالحقت بأمها وأما يحرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه يحل وطؤها فيجب إلحاقها بها وكلام أحمد محمول على أنه وطئ أمها فحرمت عليه لذلك .

« مسألة ، قال (ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين عدلين أو

شاهد ويمين العبد)

وجملته : أن العبد إذا ادعى على سيده أنه دبره فدعواه صحيحة لأنه يدعى استحقاق العتق ويحتمل أن لا تصح الدعوى لأن السيد إذا أنكر التدبير كان بمنزلة إنكار الوصية وإنكار الوصية رجوع عنها في أحد الوجهين فيكون إنكار

التدبير رجوعاً عنه والرجوع عنه يبطله في أحد الوجهين فتبطل الدعوى والصحيح أن الدعوى صحيحة لأن الصحيح أن الرجوع عن التدبير لا يبطله ولو أبطله فما ثبت كون الإنكار رجوعاً ولو ثبت ذلك فلا يتعين الإنكار جواباً للدعوى فانه يجوز أن يكون جوابها إقراراً .

فإذا ثبت هذا : فإن السيد إن أقر فلا كلام وإن أنكر ولم تكن للعبد بينة فاقول قول المنكر مع بينة ، لأن الأصل عدمه ، وإن كانت للعبد بينة حكم بها ويقبل فيه شاهدان عدلان بلا خلاف ، وإن لم يكن له إلا شاهد واحد ، وقال : أنا أحلف معه ، أو شاهد وامرأتان فقيه روایتان .

إحداهما . لا يحكم به ، وهو مذهب الشافعي ، لأن الثابت به الحرية ، وبطل الأحكام ، وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ، وبطلان عليه الرجال في غالب الأحوال فأشبهه النكاح والطلاق .

والثانية : يثبت بذلك لأنه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فأشبهه البيع وهذا أجود ، لأن البينة إنما تراد لاثبات الحكم على المشهود عليه : وهي في حقه إزالة ملكه عن ماله ، فثبت بهذا ، وإن حصل به غرض آخر المشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ، ولأن العتق مما يتشوف إليه ويبنى على التغليب والسراية فينبغي أن يسهل طريق اثباته ، وإن كان الاختلاف بين العبد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الخلاف مع السيد إلا أن الدعوى صحيحة بغير خلاف ، لأنهم لا يملكون الرجوع وأيمانهم على نفي العلم لأن الخلاف في فعل موروثهم وأيمانهم على نفي فعله ، وتجب اليقين على كل واحد من الورثة ، ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه ، وكذلك إن أقر لأن اعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل .

« مسألة ، قال (وإذا دبر عبده ومات وله مال غائب أو دين في ذمة موثر أو معسر عتق من المدبر ثلثه وكلما اقتضى من دينه شيء أو حضر من ماله الغائب شيء عتق من المدبر مقدار ثلثه كذلك من يعتق الثلث حتى كله)

وجهة ذلك أن السيد إذا دبر عبده ومات وله مال سواه يني بثلثي ماله إلا أنه

غائب أو دين في ذمة انسان لم يعتق جميع العبد لجواز أن يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولهم ثلثاها فلا يجوز أن يحصل على جميعها وإلكنه يتجزأ عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين لأن ثلثه حر على كل حال ، لأن أسوأ الاحوال أن لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه كما لو لم يكن له مال سواء وكلما اقتضى من الدين شيء ، أو حضر من الغائب شيء عتق من المدير قدر ثلثه فإذا كانت قيمته مائة وقدم من الغائب مائة عتق ثلثه الثاني ، فإذا قدمت مائة أخرى عتق ثلثه الباقي وإن بقي له دين بعد ذلك أو مال غائب لم يؤثر بقاؤه لأن الحاصل من المال يخرج المدير كله من ثلثه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي .

ولهم وجه آخر لا يعتق منه شيء حتى يستوفي من الدين شيء أو يقدم من الغائب شيء فيعتق من العبد قدر نصفه لأن الورثة لم يحصل لهم شيء والعبد شريكهم فلا يجوز أن يحصل على شيء مالم يحصل لهم مثله .

فإن تلف الغائب ويئس من استيفاء الدين عتق ثلثه حينئذ وملكوا ثلثيه لأن العبد صار جميع التركة ، وهذا لا يصح لأن ثلث العبد خارج من الثلث يقينا وإنما الشك في الزيادة عليه وما خرج من الثلث يقينا يجب أن يكون يقينا حراً لأن التدبير صحيح ولا خلاف في أنه ينفذ في الثلث ووقف هذا الثلث عن العتق مع يقين حصول العتق فيه ووجود المقتضى له وعدم الفائدة في وقفه لا معنى له ، وكون الورثة لم يحصل لهم شيء لمعنى اختصاص بهم لا يوجب أن لا يحصل له شيء مع عدم ذلك المعنى فيه ، ألا ترى أنه لو أبرأ غريمه من دينه وهو جميع التركة فإنه يبرأ من ثلثه ولم يحصل للورثة شيء ؟ ولو كان الدين مؤجلاً فأبرأه منه برىء من ثلثه في الحال وتأخر استيفاء الثلثين إلى الاجل ، ولو كان الغريم معسراً برىء من ثلثه في الحال وتأخر الباقي إلى المسرة ولأن تأخير عتق الثلث لا فائدة للورثة فيه ويفوت نفعه للمدير فينبغي أن لا يثبت .

فإذا ثبت هذا . فإن العبد إذا عتق كله بقدوم الغائب أو استيفاء الدين تبيننا أنه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له لأنه إنما عتق بالتدبير ووجود الشرط

الذى علق عليه السيد حرته وهو الموت وإنما وقفناه للشك في خروجه من الثلث فإذا زال الشك تبيننا أنه كان حاصلًا قبل زوال الشك ، وإن تلف المال تبيننا أنه كان ثلثاه رقيقًا ولم يعتق منه سوى ثلثه ، وإن تلف بعض المال رق من المدبر ما زاد على قدر ثلث الحاصل من المال .

(فصل) وإن كان المدبر عبيد وله دين يخرج من ثلث المال على تقدير حصوله أقرعنا بينهما فيعتق من يخرج له القرعة قدر ثلثهما وكان باقية والعبد الآخر موقوفًا فإذا استوفى من الدين شيء كمل من عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه وما فضل عتق من الآخر كذلك حتى يعتقا جميعًا أو مقدار الثلث منهما ، وإن تعذر استيفاء الدين لم يرد العتق على قدر ثلثهما وإن خرج الذى وقعت له القرعة مستحقًا بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه .

فصل

وإذا دبر عبدًا قيمته مائة وله مائة دينا عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه على استيفاء الثلث الباقي وإذا كانت له مائة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثاه ووقف عتق ثلثه على استيفاء الدين .

(فصل) وإن دبر عبده وقيمته مائة وله ابنان وله مائتان دينا على أحدهما عتق من المدبر ثلثاه لأن حصته الذى عليه الدين منه كالمستوفى ويسقط عن الذى عليه الدين منه نصفه لأنه قدر حصته من الميراث ويبقى الآخر عليه مائة كلها استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه وإن كانت المائتان دينا على الابنين بالسوية عتق المدبر كله لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل ذلك بسقوطه من ذمته

(فصل) فإن دبر عبدًا قيمته مائة وخلف ابنين ومائتى درهم دينا له على أحدهما ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان للوصى له سدس العبد والابنين ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفًا لأن الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك مقسوم بين المدبر والوصى نصفين لحصة المدبر منه ثلثه يعتق في الحال ويبقى له السدس موقوفًا فكما اقتضى من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون المستوفى بين

الابنين والوصى أثلاثا فإذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكمل في المدبر عتق نصفه وحصل للوصى سدس العبد وثلث المائة وهو قدر حقه وإن كان الدين على أجنبي لم يعتق من المدبر إلا سدسه لأن الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصى الآخر وللوصى سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثلثه مرقوقا فكما اقتضى من الدين شيء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفى بين الابنين والوصى أسداسا للوصى سدسه ولهما خمسة أسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائة وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل للوصى سدس المائتين وسدس العبد ، وهو قدر حقه ، ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه .

« مسأله ، قال (وإذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره جائزا إذا كان له عشر سنين فصاعدا وكان يعرف التدبير وما قلته في الرجل فالمرأة مثله إذا كان لها تسع سنين فصاعدا)

وجملته : أن تدبير الصبي المميز ووصيته جائزة وهذا إحدى الروايتين عن مالك وأحد قولي الشافعي قال بعض أصحابه هو أصح قوله .
وروى ذلك عن عمر وشريح وعبد الله بن عتبة ، وقال الحسن وأبو حنيفة لا يصح تدبيره كالمجنون وهو الرواية الثانية عن مالك والقول الثاني للشافعي لأنه لا يصح إعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون .

ولنا ما روى سعيد عن هشيم عن يحيى عن ابن سعيد عن أبي بكر بن محمد أن غلاما من الأنصار أوصى لأخوال له من غسان بأرض يقال لها بئر جشم قومت بثلاثين ألفا فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأجاز الوصية ، قال يحيى بن سعيد : وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثني عشرة سنة .

وروى أن قوما سألوا عمر رضي الله عنه عن غلام من غسان يافع وصى لبنت عمه فأجاز عمر وصيته ولم نعرف له مخالفا ولأن صحة وصيته وتدبيره أحظ له بيقين لأنه مادام باقيا لا يلزمه فإذا مات كان ذلك صلة وأجرأ فصح كوصية المحجور عليه لصفه ويخالف المعتق لأن فيه تفريغ ماله عليه في حياته ووقت حاجته ،

فأما تقييد من يصح تدبيره بمن له عشر فلقول النبي صلى الله عليه وسلم « اضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع » وهو الذي ورد فيه الخبر عن عمر (رض) واعتبر المرأة بتسع لقول عائشة رضي الله عنها إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ويروى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعا ولأنه السن الذي يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام سوى ذلك .

(فصل)

وبصح منه الرجوع ان قلنا بصحة الرجوع من المكاف لأن من صحته وصيته صح رجوعه كالمكاف ، وان أراد بيع المدير قام وليه في بيعه مقامه وان أذن له وليه في بيعه فباعه صح منه .

(فصل) وبصح تدبير المحجور عليه لصفه ووصيته لما ذكرنا في الصبي ولا تصح وصية المجنون ولا تدبيره لأنه لا يصح شيء من تصرفاته ، وان كان يحسن يوما ويفيق يوما صح تدبيره في إفاقته .

(فصل) وبصح تدبير الكافر ذميا كان أو حريبا في دار الإسلام ودار الحرب لأن له ملكا صحيحا فصح تصرفه فيه كالمسلم ، فإن قيل لو كان ملكه صحيحا لم يملك عليه بغير اختياره قلنا هذا لا ينافي الملك بدليل أنه يملك في النكاح ويملك زوجته عليه بغير اختياره ومن عليه الدين اذا امتنع من قضائه أخذ من ماله بقدر ما عليه بغير اختياره وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما ذكرنا فإن أسلم مدبر الكافر أمر بإزالة ملكه عنه وأجبر عليه لئلا يبقى الكافر مالكا للمسلم كغير المدير ، ويحتمل أن يترك في يد عدل وينفق عليه من كسبه فإن لم يكن له كسب أجبر سيده على الإنفاق عليه .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه بناء على أن بيع المدير غير جائز ولأن في بيعه إبطال سبب العتق وإزالة غرضيته فكان إبقاؤه أصلا فنعين كأم الولد ، فان قلنا : ببيعته فباعه بطل تدبيره .

وان قلنا يترك في يد عدل فإنه يستنيب من يتولى استعماله واستكسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فلسيده وان لم ينفقته فالباقي على سيده ، وان اتفق

هو وسيده على المخارجة جاز وينفق على نفسه بما فضل من كسبه فإذا مات سيده عتق أن خرج من الثلث وإلا عتق منه بقدر الثلث ويبيع الباقي على الورثة أن كانوا كفاراً وأن أسلوا بعد الموت ترك وأن يرجع سيده في تدبيره وقلنا بصحة الرجوع بيع عليه وإن كان المدبر كمستأمن وأراد أن يرجع به إلى دار الحرب ولم يكن أسلم لم يمنع من ذلك ، وإن كان قد أسلم منع منه لأننا نحول بينه وبينه في دار الإسلام فأولى أن يمنع من التمكن به في دار الحرب .

« مسألة ، قال (وإذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره)

إنما يبطل تدبيره بقتله سيده لمعنيين .

أحدهما : أنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب بنقيض قصده وهو إبطال التدبير كمنع الميراث بقتل الموروث ولأن العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفى بالقتل كالإرث والوصية .

والثاني : أن التدبير وصية فتبطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق أم الوالد لكونه أكد فإنها صارت بالاستيلاء بحال لا يمكن نقل الملك فيها بحال ولذلك لم يحز بيعها ولا هبتها ولا رهنها ولا الرجوع عن ذلك بالقول ولا غيره والإرث نوع من النقل فلو لم تعتق بموت سيدها لانتقل الملك فيها إلى الوارث ولا سبيل إليه بخلاف المدبر ولأن سبب حرية أم الوالد الفعل والبعضية التي حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها وهذا أكد من القول ولهذا انعقد استيلاء المجنون ولم ينفذ إعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاء المعسر إلى نصيب شريكه بخلاف الإعتاق وعتقت من رأس المال والتدبير لا ينفذ إلا في الثلث ولا يملك الغرماء إبطال عتقها ، وإن كان سيدها مفلساً بخلاف المدبر ولا يلزم من الحكم في موضع تأكد الحكم فيما دونه كما لم يلزم إلحاقه به في هذه المواضع التي اختلفت فيها ، إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كون القتل عمداً أو خطأ كما لا فرق بين ذلك في حرمان الإرث وإبطال وصية القتيل .

(فصل) فأما سائر جنائياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره لكن إن كانت جريمة موجبة الهال أو موجبة للقصاص فعفا الولي إلى مال تعلق المال برقبته فمن

جوز بيعه جعل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع في الجناية وبين فدائه ، فإن سلمه في الجناية فبيع فيها بطل تدبيره ، وإن عاد إلى سيده عاد تدبيره ، وإن اختار فداه وفداه بما يقضى به العبد فهو مدبر بحاله ، ومن لم يجز بيعه عين فداه على سيده كأم الولد .

وإن كانت الجناية موجبة للقصاص فاقتص منه في النفس بطل تدبيره ، وإن اقتص منه في الطرف فهو مدبر بحاله ، وإذا مات سيده بعد جنايته وقبل استيفائها عتق على كل حال ، سواء كانت موجبة للبال أو القصاص ، لأن صفة العتق وجدت فيه فأشبه ما لو باشره به ، فإن كان الواجب قصاصاً استوفى سواء كانت جنايته على عبد أو حر لأن القصاص قد استقر وجوبه عليه في حال رقه فلا يسقط بحدوث الحرية فيه ، وإن كان الواجب عليه مالا في رقبته فدى بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، وإن جنى على المدبر فأرش الجناية لسيده ، فإن كانت الجناية على نفسه وجبت قيمته لسيده وبطل التدبير بهلاكه .

فإن قيل : فملا جملة قيمته قائمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف إذا جنى عليه ؟ قلنا : الفرق بينهما من ثلاثه أوجه .

أحدها : أن كل واحد من الوقف والرهن لازم فتعلق الحق ببذله والتدبير غير لازم لأنه يمكن إبطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببذله .

الثاني : أن الحق في التدبير المدبر فبطل حقه بفوات مستحقه والبدل لا يقوم مقامه في الاستحقاق ، والحق في الوقف للموقوف عليه وفي الرهن للرتن وهو باق فيثبت حقه في بدل محل حقه .

الثالث : أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سيده فإذا هلك قبل سيده فقد هلك قبل ثبوت الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف فإن الحق ثابت فيهما فقام بدلها مقامهما ، وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو أن الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام المدبر فيه وإن أخذ عبداً مكانه فليس هو البدل إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن فإن القيمة يجوز أن تكون رهناً .

فإن قيل فهذا يلزم عليه الموقوف فاته إذا قتل أخذت قيمته فاشتري بها عبد يكون وقفاً مكانه ، قلنا : قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة

وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع أن يحصل الفرق بينه وبين الرهن به .

(فصل) وإذا دبر السيد عبده ثم كاتبه جاز ، نص عليه أحمد ، وهذا قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن ، ولفظ حديث أبي هريرة عن مجاهد قال : دبرت امرأة من قریش خادما لها ثم أرادت أن تمكّته ، قال فكنت الرسول الى أبي هريرة فقال كاتبه فإن أدى كتابته فذاك وإن حدث بك حدث عتق ، قال وأراه ، قال على ما كان عليه له ، ولأن التدبير إن كان عتقا بصفة لم يمنع الكتابة كالذي عتقه بدخول الدار . وإن كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ولأن التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير المكاتب

وذكر القاضي أن التدبير يبطل بالكتابة إذا قلنا هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام أحمد وهو غير صحيح في نفسه ، ويفارق التدبير الوصية به لرجل ، لأن مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعا العتق فإذا اجتمعا كان آكد لحصوله ، فإنه إذا فات عتقه من أحدهما حصل بالآخر ، وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ، ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان ، لأن الكتابة تراد للعتق ، والوصية تراد لحصول الملك فيه للوصى له ولا يجتمعان .

إذا ثبت هذا فإنه إن أدى في حياة السيد صار حراً بالكتابة وبطل التدبير ، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير إن خرج من الثلث وبطلت الكتابة ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي ، فإن أدى البعض ثم مات سيده عتق كله وسقط باقي الكتابة إن خرج من الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط عما بقي من الكتابة بقدر ثلث المال وأدى ما بقي

كتاب المكاتب

الكتابة اعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدي مؤجلاً ، سميت كتابة لأن السيد يكتب بينه وبينه كتاباً بما اتفقا عليه ، وقيل سميت كتابة من الكتب وهو الضم ، لأن المكاتب يضم بعض النجوم الى بعض ، ومنه سمي الخرز كتاباً لأنه يضم أحد الطرفين إلى الآخر بخروزه ، وقال الحريري :

وكاتبين وما خطت أناملهم حرقاً ولا قرأوا ما خط في الكتب
وقال ذو الرمة في ذلك المعنى :

وفراء عرفته أنأى خوارزها مشلش صنعته بينها الكتب
يصف قربة يسيل الماء من بين خرونها ، وسميت الكتيبة كتيبة لانضمام بعضها الى بعض ، والمكاتب يضم بعض نجومه الى بعض ، والنجوم هنا الاوقات المختلفة لأن العرب كانت لا تعرف الحساب وإنما تعرف الاوقات بطلوع النجوم كما قال بعضهم :

إذا سهيل أول الليل طلع قابن اللبون الحق والحق جذع
فسميت الاوقات نجومها ، والأصل في الكتابة الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيماكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً)

وأما السنة فما روى سعيد عن سفيان عن الزهري عن نيهان مولى أم سلمة عن أم سلمة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا كان لاحدا كن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه ، وروى سهل بن حنيف ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعان غارماً أو غارباً أو مكاتباً في كتابته أظله الله يوم لا ظل الا ظله ، في أحاديث كثيرة سواهما ، وأجمعت الأمة على مشروعية الكتابة :

(فصل) إذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له اجابته إذا علم فيه خيراً ، ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب ، وهو قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد أنها واجبة إذا دعا العبد المكاتب الصدوق سيده إليها فعليه اجابته . وهو قول عطاء والضحاك وعمرو

ابن دينار وداود . وقال إسحاق : أخشى أن يائس إن لم يفعل ولا يجبر عليه ،
 ووجه ذلك قول الله تعالى (فكتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) وظاهر الأمر
 الوجوب ، وروى أن سيرين - أبا محمد بن سيرين - كان عبداً لأنس بن مالك
 فسأله أن يكتبه فأبى فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرة هل أنس وقرأ
 عليه (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكتبوهم إن علمتم فيهم خيراً)
 فكتبه أنس .

وأما أنه إعتاق بعوض فلم يجب كالأستسعاء ، والآية محمولة على الندب ،
 وقول عمر رضي الله يخاف فعل أنس ، ولا خلاف بينهم في أن من لا خير فيه
 لا تجب إجابته قال أحمد : الخير صدق وصلاح ووفاء بمال الكتابة ، ونحو هذا
 قال إبراهيم وعمر بن دينار وغيرهما ، وعبارتهم في ذلك مختلفة . قال ابن عباس
 غنى وإعطاء المال . وقال مجاهد : غنى وأداء . وقال النخعي صدق ووفاء . وقال
 عمرو بن دينار مال وصلاح ، وقال الشافعي قوة على الكسب وأمانة ، وهل تكره
 كتابة من لا كسب له أو لا ؟

قال القاضي : ظاهر كلام أحمد كراهيته ، وكان ابن عمر رضي الله عنه يكرهه
 وهو قول مسروق والأوزاعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يكره ولم يكرهه
 الشافعي وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم ، لأن جويرية بنت الحارث
 كاتبها ثابت بن قيس بن شماس الأنصاري ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم تستعينه
 في كتابتها فأدى عنها كتابتها وتزوجها .

واحتج ابن المنذر بأن بريرة كاتبت ولا حرقة لها ، ولم ينكر ذلك رسول الله
 صلى الله عليه وسلم .

ووجه الأول ما ذكرنا في عتقه : وينبغي أن ينظر في المكاتب فإن كان ممن
 يتضرر بالكتابة ويضيع لمجزه عن الانفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه
 كرهت كتابته ، وإن كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته لحصول النفع بالحرية
 من غير ضرر .

فأما جويرية فإنها كانت ذات أهل ومال وكانت ابنة سيد قومه فإذا عتقت
 رجعت إلى أهلها ، فأخلف الله لها خيراً من أهلها ، فتزوجها رسول الله (ص)

وصارت إحدى أمهات المؤمنين وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومها حين بلغهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها ، وقالوا أصهار رسول الله (ص) ، فلم ير امرأة أعظم بركة على قومها منها .

وأما بريرة فإن كتابتها تدل على إباحة ذلك وأنه ليس بمنكر ولا خلاف فيه وإنما الخلاف في كراهته ، وقال مسروق إذا سأل العبد مولاه المكاتبه فإن كان له مكسبة أو كان له مال فليكتبه ، وإن لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكلفه إلا طاقته .

فصل

ولا تصح الكتابة إلا ممن يصح تصرفه ، فأما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيقهما ولا مكاتبته سيدهما لها ، وأما الصبي المميز فإن كاتب عبده بإذن وليه صح ، ويحتمل أن لا يصح بناء على قولنا أنه لا يصح بيعه حتى يأذن وليه ولأن هذا عقد اعتاق فلم يصح منه كالعتق بغير مال ، فأما إن لم يأذن وليه فيه فلا يصح بحال ، وإن كان المميز سيده صح . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يصح فيهما جميعا بحال لأنه ليس بمكاف فأشبه المجنون .

ولنا أنه يصح تصرفه وبيعه بإذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) والابتلاء الاختبار له بتفويض التصرف إليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أولا ؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه أو لا ؟ وإيجاب السيد لعبده المميز المكاتبه اذن له في قبولها . إذا ثبت هذا : فإن كان السيد المكاتب طفلا أو مجنونا فلا حكم لتصرفه ولا قوله وإن كاتب المكلف عبده الطفل أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة لأنه لا حكم لقولها ولكن إن قال إن أدبنا إلى فأنما حران فأدبا عتق بالصفة لا بالكتابة وما في أيديهما لسيدهما وإن لم يقل ذلك لم يعتقا ذكره أبو بكر ، وقال القاضي : يعتقان ، وهو مذهب الشافعي لأن الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال : إن أدبت إلى فأنت حر .

ولنا : أنه ليس بصفة صريحا ولا معنى وإنما هو عقد باطل فأشبهه البيع الباطل (فصل) وإذا كاتب الذمي عبده المسلم صح لأنه عقد معاوضة أو عتق بصفة وكلاهما يصح منه وإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر في العقد فإن كان موافقا للشرع أمضاه سواء ترافعا قبل إسلامهما أو بعده وإن كاتب كتابة فاسدة مثل أن يكون العوض خمرأ أو خنزيرأ أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل أحدها : أن يكونا قد تقابضا حال الكفر فتسكون الكتابة ماضية والعتق حاصل لأن ماتم في حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الإسلام أو بعده .

الثانية : تقابضا بعد الإسلام ثم ترافعا إلى الحاكم فإنه يعتق أيضا لأن هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الإسلام على ما سذكروه إن شاء الله تعالى .

الثالثة : ترافعا قبل قبض العوض الفاسد أو قبض بعضه فإن الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها لأنها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ولا فرق بين إسلامهما أو إسلام أحدهما فيما ذكرناه لأن التغليب لحكم الإسلام ، وقال أبو حنيفة إذا كاتبه على خمر ثم أسلما لم يفسد العقد ويؤدي قيمة الخمر لأن الكتابة كالنكاح ولو أمهرها خمرأ ثم أسلما بطل الخمر ولم يبطل النكاح .

ولنا أن هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسدا فإذا أسلما قبل التقابض أو أحدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح فإنه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحا وإن أسلم مكاتب الذمي لم تنفسخ الكتابة لأنها وقعت صحيحة ولا يجبر على إزالة ملكه لأنه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه فإن عجز أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ ، وإن اشترى مسلما فكاتبه لم تصح الكتابة لأن الشراء باطل ولم يثبت له به ملك ، وإن أسلم عبده فكاتبه بعد إسلامه لم تصح كتابته لأنه يلزمه إزالة ملكه عنه والكتابة لا تزيل الملك فإن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم .

وقال القاضي له كتابته لأنه يخرج بها عن تصرف سيده فيه فإن عجز عادر قيقا قنا وأجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ .

(فصل) وإن كاتب الحرب عبده صحت كتابته سواء كان في دار الحرب أو دار الاسلام وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يصح لأن ملكه ناقص ، وحكى عن مالك أنه لا يملك بدليل أن للمسلم تملكه عليه .

ولنا قول الله تعالى . وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) وهذه الاضافة اليهم تقتضي صحة أملاكهم فتقتضي صحة تصرفاتهم ، فإذا ثبت هذا فإذا كاتب عبده ثم دخلا مستأمنين اليئنا لم يتعرض الحاكم لهما وإن ترافعا اليه نظر بينهما فإن كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها وإن كانت فاسدة بين لهما فسادها ، وإن جاءا وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة لأن العبد إن قهر سيده ملكه فبطلت كتابته لخروجه عن ملك سيده .

وإن قهره السيد على ابطال الكتابة ورده رقيقا بطلت لأن دار الكفر دار قهر وإباحة ، ولهذا لو قهر حر حراً على نفسه ملكه ، وإن دخل من غير قهر قهر أحدهما الآخر في دار الاسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ما كانا عليه قبله لأن دار الاسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر الا بالحق ، وإن دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع الى دار الحرب لم يمنعا .

وإن أراد السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر لانه بالكتابة زال ملكه وسلطانه عنه وإنما له في ذمته حق ، ومن له في ذمة غيره حق لا يملك اجباره على السفر معه لاجله ، ويقال للسيد ان أردت الإقامة في دار الاسلام لتستوفي مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم ان كانت مدتها طويلة ، وإن أردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل فإذا أدى نجوم الكتابة عتق ثم هو مخير ان أحب أن يقيم في دار الاسلام عقد على نفسه الذمة ، وإن أحب الرجوع لم يمنعه ، وإن عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقا ويرد الى سيده والامان له باق لانه من مال سيده وسيده عقد الامان لنفسه وماله ، فإذا انتقض الامان في نفسه بعوده لم ينتقض في ماله ، وإن كاتبه في دار الحرب فهرب ودخل اليئنا بطلت الكتابة لأن ملكه زال عنه بقهره على نفسه ، فأشبهه بالوقهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلماً أو غير مسلم ، وإن جاءنا باذن سيده فالكتابة بحالها لانه لم يقهر سيده ، فإذا دخل اليئنا بأمان باذن سيده ثم سبي المسلمون سيده وقتل

انتقلت الكتابة الى ورثته كما لو مات حتف أنفه ، وان من " عليه الامام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها ، وان استرقه الامام فالمكاتب موقوف ان عتق سيده فالكتابة بحالها وان مات أو قتل فالمكاتب للسليين مبقى على ما بقى من كتابته يعتق بأدائه اليهم وولاؤه لهم وان عجز فهو رقيق لهم ، وان أراد المكاتب الأداء قبل عتق سيده وموته أدى الى الحاكم أو الى أمينه وكان المال المقبوض موقوفا على ما ذكرناه ويعتق المكاتب بالأداء وسيدة رقيق لا يثبت له ولأهله ؛ وقال أبو بكر : يكون الولاء للمسلمين ، وقال القاضي : يكون موقوفا فان عتق سيده فهو له وان مات على رقه فهو للمسلمين وان كان استرقاق سيده بعد عتق المكاتب وثبت الولاء عليه فقال القاضي يكون ولاؤه موقوفا فان عتق السيد كان الولاء له وان قتل أو مات على رقه بطل الولاء لانه رقيق لا يورث فيبطل الولاء لعدم مستحقته وينبغي أن يكون للمسلمين لأن مال من لا وارث له للمسلمين فكذلك الولاء واقفه أعلم .

(فصل : وان كاتب المرتد عبده فعلى قول أبي بكر الكتابة باطلة لأن ملكه زال برده وعلى الظاهر من المذهب كتابته موقوفة ان أسلم تبينا أنها كانت صحيحة وان قتل أو مات على رده بطلت وان أدى في رده لم يحكم بعتقه ويكون موقوفا فان أسلم سيده تبينا صحة الدفع اليه وعتقه ، وان قتل أو مات على رده فهو باطل والعبد رقيق وان كاتبه وهو مسلم ثم ارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع اليه ويؤدي الى الحاكم ويعتق بالأداء ، وان دفع الى المرتد كان موقوفا كما ذكرنا ، وان كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لأنه يصح بيعه فإذا أدى عتق ، وإن أسلم فهو على كتابته .

(فصل) وكتابة المريض صحيحة فإن كان مريض الموت المخوف اعتبر من ثلثه لانه يبيع ماله بماله فجري مجرى الهبة ، وكذلك يثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقا فإن خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة وان لم يخرج من الثلث لزمته الكتابة في قدر الثلث وسائر موقوفه على إجازة الورثة فان أجازت جازت وان ردتا بطلت ، وهذا قول الشافعي . وقال أبو الخطاب . في رهوس المسائل تجوز الكتابة من رأس المال لأنه عقد معاوضة أشبه البيع .

«مسألة» قال (وإذا كاتب عبده أو أمته على أن نجم فأدبت الكتابة فقد صار العبد حراً وولاؤه لمكاتبه)

في هذه المسألة ثلاثة فصول أحدهما : أن ظاهر هذا الكلام أن الكتابة لا تصح حالة ولا تجوز إلا مؤجلة منجمة وهو ظاهر المذهب ، وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة تجوز حالة لأنه عقد على عين فإذا كان عوضه في الذمة جاز أن يكون حالا كالبيع .

ولنا أنه روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم أنه عقدها حاله ولو جاز ذلك لم يتفق جميعهم على تركه ولأن الكتابة عقد معاوضة يعجز عن أداء عوضها في الحال فكان من شرطه التأجيل كالسلم على أبي حنيفة ولأنها عقد معاوضة يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض فإذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند محله ويفارق البيع لأنه لا يتحقق فيه العجز عن العوض لأن المشتري يملك المبيع والعبد لا يملك شيئاً وما في يده لسيده وفي التنجيم حكمتان .

إحداهما : ترجع إلى المكاتب وهي التخفيف عليه لأن الأداء مفرقا أسهل ولهذا تفسط الديون على المعسرين عادة تخفيفاً عليهم .

والأخرى : للسيد وهي أن مدة الكتابة تطول غالباً فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه إلا في آخر المدة فإذا عجز عاد إلى الرق وفاتت منافعه في مدة الكتابة كلها على السيد من غير نفع حصل له وإذا كانت منجمة نجوماً فعجز عن النجم الأول فمדתه يسيرة وإن عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذه من النجوم قبل عجزه . إذا ثبت هذا : فأقله نجمان فصاعداً ، وهذا مذهب الشافعي .

ونقل عن أحمد أنه قال : من الناس من يقول نجم واحد ، ومنهم من يقول نجمان ونجمان أحب إلى وهذا يحتمل أن يكون معناه أني أذهب إلى أنه لا يجوز إلا نجمان ، ويحتمل أن يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد .

قال ابن أبي موسى : هذا على طريق الاختيار وإن جعل المال كله في نجم

واحد جاز لأنه عقد يشترط فيه التأجيل لجاز أن يكون إلى أجل واحد كالسلم ،
ولأن اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض ، وهذا يحصل بنجم واحد .
ووجه الأول ماروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : الكتابة على نجمين والإيتاء
من الثاني . وهذا يقتضي أن هذا أقل ما تجوز عليه الكتابة لأن أكثر من
نجمين يجوز بالاجماع

وروى عن عثمان رضي الله عنه أنه غضب على عبد له فقال لأعاقبك ولا كاتبك
على نجمين ، ولو كان يجوز أقل من هذا لعاقبه به في الظاهر
وفي حديث بريرة أنها أتت عائشة رضي الله عنها فقالت : يا أم المؤمنين إني
كاتبته أهلى على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينني ، ولأن الكتابة مشتقة من
الضم ، وهو ضم نجم إلى نجم ، فدل ذلك على افتقارها إلى نجمين والأول أقيس
ولا بد أن تكون النجوم معلومة ، ويعلم في كل نجم قدر ما يؤديه ، ولا يشترط
تساوي النجوم ولا قدر المؤدى في كل نجم ، فإذا قال كاتبك على ألف إلى عشر
سنين تؤدي عند انقضاء كل سنة مائة ، أو قال تؤدي منها مائة عند انقضاء خمس
سنين وباقيا عند تمام العشرة ، أو قال تؤدي في آخر العام الأول مائة وتسعمائة
عند انقضاء السنة العاشرة ، فكل هذا جائز ، وإن قال تؤدي في كل عام مائة جاز
ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة ، وظاهر قول القاضي وأصحاب الشافعي
أنه لا يصح لأنه لم يتبين وقت الاداء من العام .

ولنا أن بريرة قالت : كاتبته أهلى على تسع أواق في كل عام أوقية ، ولأن
الأجل إذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها ، فإن كان بحرف إلى تعلق بأولها ، كقوله
إلى شهر رمضان ، وإن كان بحرف في كان إلى آخرها لأنه جعل جميعها وقتا لأدائها
فإذا أدى في آخرها كان مؤدياً لها في وقتها فلم يتعين عليه الاداء قبله ، كتأدية
الصلاة في آخر وقتها ، فإن قال يؤديها في عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يجز لأنه
نجم واحد ، ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجازها ، وإن قال يؤدي بعضها في
نصف المدة وباقيا في آخرها لم يجز لأن البعض مجهول يقع على القليل والكثير .
الفصل الثاني : أنه إذا كاتبه على أن نجم مدة معلومة صحت الكتابة وعق بآدائها

سواء نوى بالكتابة الحرية أو لم ينو ، وسواء قال إذا أدبت إلى فانت حر أو لم يقل ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : لا يعتق حتى يقول إذا أدبت إلى فانت حر وينوى بالكتابة الحرية ، ويحتمل في مذهبنا مثل ذلك ، لأن لفظ الكتابة يحتمل المخارجة ، ويحتمل العتق بالاداء فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق

ولنا أن الحرية موجب عقد الكتابة فتثبت عند تمامه كسائر أحكامه ، ولأن الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتاج إلى لفظ العتق ولا نيته كالتيدير ، وما ذكره من استعمال الكتابة في المخارجة إن ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الالفاظ الصريحة ، على أن اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كلفظ التدير في معاشه أو غير ذلك وهو صريح في الحرية فهمنا أولى

الفصل الثالث : أنه لا يعتق قبل أداء جميع الكتابة ، قال أحمد في عبد بين رجلين كاتباه على ألف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه ؟ قال لا يعتق الا نصف المائة .

وقد روى عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهرى أنهم قالوا : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، رواه عنهم الاثرم ، وبه قال القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وروى ذلك عن أم سلمة

وروى سعيد بإسناده عن أبي قلابة قال : كن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه دينار ، وإسناده عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاما على ألف دينار فأدى إليه تسعمائة دينار وعجز عن مائة دينار ، فرده ابن عمر في الرق .

وذكر أبو بكر والقاضي وأبو الخطاب : أنه إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن رابعها عتق لأنه يجب رده إليه فلا يرد إلى الرق بعجزه عنه لأنه عجز عن أداء حق هو له لا حق للسيد فلا معنى لتعجيله فيها يجب رده إليه . وقال علي رضي الله عنه يعتق منه بقدر ما أدى لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم

أنه قال : إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد ، رواه الترمذي . وقال حديث حسن . وروى عن عمر وعلى رضي الله عنهما أنه إذا أدى الشطر فلا رق عليه . وروى ذلك عن النخعي ، وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه : إذا أدى قدر قيمته فهو غريم ، وقضى به شريح ، وقال الحسن في المكاتب : إذا عجز استسعى بعد العجز سنتين .

ولنا ما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، رواه أبو داود ، ولأنه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل أدائه كالقدر المتفق عليه ، ولأنه لو أعتق بعضه لسرى إلى باقيه كما لو باشره بالعتق فإن العتق لا يتبعض في الملك ، فأما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بكتابه وإنكر الآخر فأدى إلى المقر أو ما أشبهها من الصور جمعاً بين الأخبار وتوفيقاً بينهما وبين القياس ، ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم : إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدي فلنحتجب منه ، دليل على اعتبار جميع ما يؤدي ، ويجوز أن يتوقف العتق على أداء الجميع ، وإن جاز رد بعضه إليه كما لو قال إذا أدبت إلى ألفاً فأنت حر والله على رد ربعها إليك فإنه لا يعتق قبل أداء جميعها وإن وجب عليه رد بعضها .

(فصل)

وتجوز الكتابة على كل مال يجوز السلم فيه لأنه مال يثبت في الذمة مؤجلاً في معاوضة فجاز ذلك فيه كعقد السلم ، فإن كان من الأئمان وكان في البلد نقد واحد جاز إطلاقه لأنه ينصرف بالإطلاق إليه فجاز ذلك فيه كالبيع ، وإن كان فيه نقود أحدها أغلب في الاستعمال جاز الإطلاق أيضاً وانصرف إليه عند الإطلاق كما لو انفرد ، وإن كانت مختلفة متساوية في الاستعمال وجب بيانه بخنسه

وما يتميز به من غيره من النقود ، وإن كان من غير الأثمان وجب وصفه ، لا يوصف به في السلم ومالا يصح في السلم فيه لا يجوز أن يكون عوضا في الكتابة لأنه عقد معاوضة ثبت عوضه في الذمة فلم يجوز بعوض مجهول كالسلم ، فإن كاتبه على عبد مطلق لم يصح ، ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي ، وذكر القاضي فيه وجهين . أحدهما : لا يجوز والآخر يجوز ، وهو قول أبي حنيفة ومالك لأن العتق معنى لا يلحقه الفسخ فجاز أن يكون الحيوان المطلق عوضا فيه كالعقل .

وانا أن مالا يجوز أن يكون عوضا في البيع والاجارة لا يجوز أن يكون عوضا في الكتابة . كالثوب المطلق ويفارق العقل لأنه بدل عن متلف مقدر في الشرع وههنا عوض في عقد فأشبه البيع ، ولأن الحيوان الواجب في العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بجنسه وسنه فلم يصح الإلحاق به ، ولأن الحيوان المطلق لا تجوز الكتابة عليه بغير خلاف بين الناس فيها علمناه ، وإنما الخلاف في العبد المطلق ولم يرد به الشرع بدلا في موضع علمناه .

إذا ثبت هذا فإن من صحح الكتابة به أوجب له عبدا وسطا وهو السندی ويكون وسطا من السنديين في قيمته كقولنا في الصداق ، ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيها علمناه ولا على ثوب ولا دار ، ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمامته ولا غير ذلك من المجعولات ، وإن وصف ذلك بأوصاف المسلم صح ، ومن أجاز الكتابة على العبيد الحسن وسعيد بن جبير والنخعي والزهرى وابن سيرين ومالك وأصحاب الرأي ؛ وروى ذلك عن أبي برزة وحفصة رضي الله عنهما .

(فصل) وتصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة لأنها أحد العوضين في الاجارة فجاز أن تكون عوضا في الكتابة كالأثمان ، ويشترط العلم بها كما يشترط في الإجارة ، فإن كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ولا يحتاج الى ذكر الشهر ، وكونه عقيب العقد لأن إطلاقه يقتضى ذلك ، وإن عين الشهر لوقت لا يتصل بالعقد ، مثل أن يكاتبه في المحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضا كما يجوز أن يؤجره داره شهر رجب في المحرم .

وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذكر

ذلك ولا يجوزون إطلاقة بناء على قولهم في الاجارة ، وقد سبق ذكر الخلاف فيه في باب الاجارة ، ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلا لأن الأجل شرط في عقد الكتابة ، فإن جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعله ، وإن جعل محله في الشهر أو بعد انقضائه صح أيضا ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

وقال القاضي . لا يصح لأنه يكون نجما واحدا ، وهذا لا يصح لأن الخدمة كلها لا تكون في وقت محل الدينار ، وإنما يوجد جزء منها يسير مقاربا له وسائرهما فيها سواء ، ولأن الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ، ولهذا يستحق عوضها جميعه عند العقد فيكون محلها غير محل الدينار ، وإنما جازت حالة لأن المنع من الحلول في غيرها لأجل العجز عنه في الحال ، وهذا غير موجود في الخدمة فجازت حالة .

وإن جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلا والخدمة بعده جاز ، وإن كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدينار قبله ولم تجز في أوله لأنه يكون حالا ومن شرطه التأجيل .

فصل

وإن كاتبه على خدمة مفردة في مدة واحدة ، مثل أن كاتبه على خدمة شهر معين أو سنة معينة فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد على ماضى من القول فيه ، ويحتمل أن يكون كالكتابة على أنجم لأن الخدمة تستوفي في أوقات متفرقة بخلاف المال ، فإن جعله على شهر بعد شهر ، كأن كاتبه في أول المحرم على خدمة فيه وفي رجب صح لأنه على نجمين ، وإن كاتبه على منفعة في الذمة معلومة ، كخياطة ثياب عينها أو بناء حائط وصفه صح أيضا إذا كاتبه على نجمين ، وإن قال كاتبك على أن تخدمني هذا الشهر وخياطة كذا عقيب الشهر صح في قول الجميع ، وإن قال على أن تخدمني شهرا من وقتي هذا وشهرا عقيب هذا الشهر صح أيضا ، وعند الشافعي لا يصح .

ولذا أنه كاتبه على نجمين فصح كالتى قبلها .

(فصل) وإذا كاتب العبد وله مال فإله ليسبهه إلا أن يشترطه المكاتب .

وإن كانت له مربية أو ولد فهو لسيده ، وبهذا قال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي .

وقال الحسن وعطاء والنخعي وسليمان بن موسى وعمرو بن دينار ومالك وابن أبي ليلى في المكاتب ماله له ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعي وعمرو بن دينار ومالك في الولد واحتج لهم بما روى عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد » .

ولنا قول النبي (ص) « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » متفق عليه والكتابة بيع ولأنه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولده وأقاربه ولأنه هو وماله كانا لسيده فإذا وقع العقد على أحدهما بنى الآخر على ما كان عليه كما لو باعه لأجنبي وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه .

« مسألة » قال (وولاؤه لمكاتبه)

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن ولاء المكاتب لسيده إذا أدى إليه ، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لأن الكتابة إنعام وإعتاق له لأن كسبه كان لسيده بحكم ملكه إياه فرضي به عوضاً عنه وأعتق رقبته عوضاً عن منفعته المستحقة له بحكم الأصل فكان معتقاً له منعماً عليه فاستحق ولاءه لقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » ، وفي حديث بريرة أنها قالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية ، فقالت عائشة إن شاء أهلك إن أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فقلت فرجعت بريرة إلى أهلها فذكرت ذلك لهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم ، وهذا يدل على أن ثبوت الولاء على المكاتب لسيده كان متقدراً عندهم والله أعلم .

« مسألة » قال (ويعطى مما كوتب عليه الربع لقول الله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

الكلام في الإتياء في خمسة فصول : وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه . أما الأول : فإنه يجب على السيد إتياء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه روى ذلك عن علي رضي الله عنه ؛ وبه قال الشافعي وإسحاق ، وقال بريرة

والحسن والنخعي والثوري ومالك وأبو حنيفة ليس بواجب لأنه عقد معاوضة فلا يجب فيه الإيتاء كسائر عقود المعاوضات .

ولنا قول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وظاهر الأمر الوجوب قال علي رضي الله عنه في تفسيرها ضعوا عنهم ربع مال الكتابة ، وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً ، وتخالف الكتابة سائر العقود فإن القصد بها الرفق بالعبد بخلاف غيرها ولأن الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة فلذلك يجب أن يستحق العبد على السيد شيئاً ، فإن قيل المراد بالإيتاء إعطاؤه سهماً من الصدقة أو النذب إلى التصديق عليه وليس ذلك بواجب بدليل أن العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضي إسقاط شيء منه ؟ قلنا أما الأول فإن علياً وابن عباس رضي الله عنهما فسراه بما ذكرناه وهما أعلم بتأويل القرآن وحمل الأمر على النذب يخالف مقتضى الأمر فلا يصار إليه إلا بدليل ، وقولهم إن العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه .

قلنا . إنما يجب للرفق به عند آخر كتابته مواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعم التي أنعم الله تعالى بها على عبده ولأن العبد ولي جمع هذا المال وتعب فيه فافتضى الحال مواساته منه كما أمر النبي (ص) بإطعامه من الطعام الذي ولي حره ودخانه واختص هذا بالوجوب لأن فيه معونة على العتق وإعانة لمن يحق على الله تعالى عونه فإن أبا هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثلاثة حق على الله تعالى عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الأداء والناسك الذي يريد العفاف ، أخرجه الترمذي ، وقال حديث حسن .

الفصل الثاني : في قدره وهو الربع ذكره الحرق وأبو بكر وغيرهما من أصحابنا وروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وقال قتادة العشر .

وقال الشافعي وابن المنذر : يجزى ما يقع عليه الاسم ، وهو قول مالك إلا أنه عنده مستحب لقول الله تعالى (من مال الله الذي آتاكم) و (من) للتبعية والقليل بعض فيكفي به .

وقال ابن عباس : وضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً ولأنه قد ثبت أن المكاتب لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة بما ذكرنا من الأخبار ولو وجب ابتاؤه الربع لوجب أن يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة ولا يجب عليه أداء مال يجب رده إليه ، وروى عن ابن عمر أنه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين ألفاً فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة .

ولنا ما روى أبو بكر بإسناده عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم في قوله (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) فقال ربع الكتابة ، وروى موقوفاً على عليٍّ ولأنه مال يجب ابتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدراً كالزكاة ولأن حكمة إيجابه الرقيق بالمكاتب وإعائته على تحصيل العتق وهذا لا يحصل باليسير الذي هو أقل ما يقع عليه الاسم فلم يجز أن يكون هو الواجب . وقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله) وإن ورد غير مقدر فإن السنة تبينه وتبين قدره كالزكاة .

الفصل الثالث : في جنسه أن قبض مال الكتابة ثم أعطاه منه جاز لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه وإن وضع عنه مما وجب عليه جاز لأن الصحابة رضي الله عنهم فسروا الإيتاء بذلك ولأنه أبلغ في النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الإيتاء وتحصل دلالة الآية عليه من طريق التنبيه وإن أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز ، ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله وهو ظاهر كلام الشافعي لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه .

ولنا أنه لا فرق في المعنى بين الإيتاء منه وبين الإيتاء من غيره إذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا في الأجزاء وغير المنصوص إذا كان في معناه الحق به وكذلك جاز الخط وليس هو بإيتاء لما كان في معناه وإن أتاه من غير جنسه مثل أن يكاتبه على دراهم فيعطيه دناتير أو عروضا لم يلزمه قبوله لأنه لم يؤته منه ولا من جنسه ، ويحتمل الجواز لأن الرقيق به يحصل به .

الفصل الرابع في وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم) وذلك يحتاج إليه من حين العقد وكلما عجله كان أفضل لأنه يكون أنفع كالزكاة .

(الفصل الخامس) في وقت وجوبه وهو حين العتق ، لأن الله تعالى أمر بإيتائه من المال الذي آتاه ، وإذا آتى المال عتق فيجب إيتاؤه حينئذ . قال علي رضي الله عنه : الكتابة على نجمين والإيتاء من الثاني ، فإن مات السيد قبل إيتائه فهو دين في تركته لأنه حق واجب فهو كسائر ديونه ، وإن ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا في التركة بقدر حقوقهم ويقدم ذلك على الوصايا لأنه دين وقد قضى النبي (ص) أن الدين قبل الوصية والله الموفق

« مسألة » قال (وإن عجلت الكتابة قبل محملها لزم السيد الأخذ وعتق من وقته في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله والرواية الأخرى إذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً)

الكلام في هذه المسألة في فصلين . أحدهما فيها إذا عجل المكاتب الكتابة قبل محملها فالمقصود عن أحمد أنه يلزم قبولها ويعتق المكاتب . وذكر أبو بكر فيه رواية أخرى أنه لا يلزم قبول المال إلا عند نجومه لأن بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كما لو علق عتقه على شرط لم يعتق قبله ، والصحيح في المذهب الأول وهو مذهب الشافعي ، إلا أن القاضي قال أطلق أحمد والحرق هذا القول ، وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله كالذي لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ولا يحتاج إلى مؤنة في حفظه ولا يدفعه في حال خوف يخاف ذهابه ، فإن اختل أحد هذه الأمور لم يلزم قبضه ، مثل أن يكون مما يفسد كالغيب والرطب والبطيخ أو يخاف تلفه كالحيوان فإنه ربما تلف قبل المحل ففاته مقصوده ، وإن كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه لأنه ينقص إلى حين الحلول ، وإن كان مما يحتاج إلى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضاً لأنه يحتاج في إبقائه إلى وقت المحل إلى مؤنة فيتضرر بها ، ولو كان غير هذا إلا أن البلد مخوف يخاف نهبه لم يلزمه أخذه لأن في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه إليه في طريق مخوف أو وضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب ببذله .

قال القاضي : والمذهب عندى أن في قبضه تفصيلاً على حسب ما ذكرناه في

السلم ، ولأنه لا يلزم الانسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضى بالتزامه ،
وأما ما لا ضرر في قبضه فإذا عجله لزم السيد أخذه . وذكر أبو بكر أنه يلزمه قبوله
من غير تفصيل اعتماداً على إطلاق أحد القول في ذلك وهو ظاهر إطلاق الحرقي لما
روى الاثرم بإسناده عن أبي بكر بن حزم أن رجلاً أتى عمر رضى الله عنه فقال
يا أمير المؤمنين انى كاتبت على كذا وكذا . وانى أيسرت بالمال فأنتبه به فزعم أنه
لا يأخذها الا نجوما فقال عمر رضى الله عنه يا يرفأخذ هذا المال فأجعله في بيت
المال وأد اليه نجوما في كل عام وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال .
وعن عثمان بنحو هذا .

ورواه عثمان بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعاً ، قال حدثنا هشيم عن
ابن عوف عن محمد بن سيرين أن عثمان قضى بذلك ، ولأن الأجل حق لمن عليه
الدين فإذا قدمه فقد رضى بإسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق ، فإن قيل اذا علق
عتق عبده على فعل في وقت ففعله في غيره لم يعتق ، فكذلك اذا قال اذا أدبت
الى ألفا في رمضان فأداه في شعبان لم يعتق ، قلنا تلك صفة مجردة لا يعتق الا
بوجودها والكتابة معاوضة يبرأ فيها بأداء العوض فافترقا ، وكذلك لو أبرأه من
العوض في المكاتبة عتق ، ولو أبرأه من المال في الصفة المجردة لم يعتق ، والاولى
ان شاء الله ما قاله القاضى في أن ما كان في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق
ببذله لما ذكره من الضرر الذى لم يقتضه العقد ، وخبر عمر رضى الله عنه لا دلالة
فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر ، ولأن أصحابنا قالوا لو لقيه في بلد آخر فدفع
اليه نجوم الكتابة أو بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل
لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه ، وإن لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه ، كذا همنا
وكلام أحمد رحمه الله محمول على ما اذا لم يمكن في قبضه ضرر ، وكذلك قول
الحرقي وأبي بكر .

(فصل) اذا حضر المكاتب مال الكتابة أو بعضه ليسلمه فقال السيد هذا
حرام أو غصب لا أقبله منك سئل العبد عن ذلك فإن أقر به لم يلزم السيد قبوله
لأنه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له ، وإن أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم
يلزمه قبوله وتسمع بينة لأن له حقاً في أن لا يقتضى دينه من حرام ولا يأمن

من أن يرجع صاحبه عليه به ، وإن لم تكن له بينة قال قول قول العبد مع يمينه فإن نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضا ، وإن حلف قيل للسيد إما أن تقبضه وإما أن تبرئه ليعتق ، فإن قبضه وكان تمام كتابته عتق . ثم ينظر فإن ادعى أنه حرام مطلقا لم يمنع منه لأنه لا يقر به لأحد وإنما تحريمه فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن ادعى أنه غصبه من فلان لزمه دفعه إليه إن ادعاه ، لأن قوله وإن لم يقبل في حق المكاتب فإنه يقبل في حق نفسه ، كما لو قال رجل لعبد في يد غيره هذا حر وأذكر ذلك من العبد في يده لم يقبل قوله عليه ، فإن انتقل إليه بسبب من الأسباب لزمته حرية ، وإن أبرأه من مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه لم يلزمه قبضه لأنه لم يبق له عليه حق ، وإن لم يبرئه ولم يقبضه كان له دفع ذلك إلى الحاكم ويطالبه بقبضه فينبوب الحاكم في قبضه عنه ويعتق العبد ، كما رويناه عن عمر وعثمان في قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه .

(فصل)

وإذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره ، فلو كاتبه على دنانير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض ، وإن كاتبه على دراهم لم يلزمه أخذ الدنانير ولا العروض ، وإن كاتبه على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره ، وإن كاتبه على نقد وأعطاه من جنسه خيرا منه وكان ينفق فيها ينفق فيه الذي كاتبه عليه لزمه أخذه لأنه زاده خيرا ، وإن كان لا ينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله لأن عليه فيه ضررا .

الفصل الثاني : إذا ملك ما يؤدي فالصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدي ، روى ذلك عن عمر وابنه وزيد وعائشة رضي الله عنهم فإنهم قالوا : المكاتب عبد مابق عليه درهم ، وهو قول أكثر أهل العلم

وعن أحمد رضي الله عنه رواية أخرى أنه إذا ملك ما يؤدي عتق ، لما روى سعيد قال : حدثنا سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي (ص) قال : إذا كان لاحدا كن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فله محتجب منه ، ورواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ، ولأنه مالك لوفاء مال الكتابة أشبه ما لو أداه .

فعلى هذه الرواية يصير حراً بملك الوفاء ، فتمت امتنع منه أجبره الحاكم عليه ،
وان هلك ما في يديه قبل الاداء صار ديناً في ذمته وقد صار حراً

ووجه الرواية الاولى ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم . وقوله : أيما عبد كاتب
على مائة أوقية فأداها الا عشر أواق فهو عبد ، وأيما عبد كاتب على مائة دينار
فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد ، رواه سعيد

وفي رواية : من كاتب عبده على مائة أوقية فأداها الا عشر أواق ، أو قال
الا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق ، رواه الترمذي وقال : هذا حديث حسن
غريب ، ولأنه يعتق علق بعوض فلم يعتق قبل أدائه ، كما لو قال : اذا أديت الى
ألفاً فأنت حر ، فعلى هذه الرواية ان أدى عتق وان لم يؤد لم يعتق ، فإن امتنع من
الاداء فقال أبوبكر يؤديه الامام منه ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ
وهو قول أبي حنيفة .

ويحتمل كلام الخرقى أنه اذا لم يؤد عجزه السيد ان أحب ، فإنه قال : اذا لم يؤد
نجم حتى حل نجم آخر بعجزه السيد ان أحب وعاد عبداً غير مكاتب ، ونجمه قال
الشافعي ، فإنه قال ان شاء عجز نفسه وامتنع من الاداء . ووجهه أن العبد لا يجبر
على اكتساب ما يؤديه في الكتابة فلا يجبر على الاداء بكسائر العقود الجائزة .
ووجه الاول أنه ثبت للعبد استحقاق الحرية بملك ما يؤدي فلم يملك ابطالها كما لو
أدى ، فان تلف المال قبل أدائه جاز بعجزه واسترقاقه وجهاً واحداً

مسألة ، قال (واذا أدى بعض كتابته ومات وفي يده وفاء وفضل فهو
لسيده في احدى الروايتين والاخرى لسيده بقية كتابته والباقي لورثته)

يحتمل أن هذه المسألة مبنية على ما قبلها ، فاذا قلنا انه لا يعتق بملك ما يؤدي
فقد مات رقيقاً فانفسخت الكتابة بموته وكان ما في يده لسيده ، وان قلنا انه يعتق
بملك ما يؤدي فقد مات حراً وعليه لسيده بقية كتابته لأنه دين له عليه
والباقي لورثته .

قال القاضى : الاصح انه تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبداً وما في يده

لسيده ، زواه الأثرم بإسناده عن عمر وزيد والزهرى ، وبه قال إبراهيم وعمر بن عبد العزيز وقنادة والشافعى لما ذكرناه فى التى قبلها ، ولأنه مات قبل أداء مال الكتابه فوجب أن تنفسخ ، كما لو لم يكن له مال ، ولأنه عتق علق بشرط مطلق فينقطع بالموت ، كما لو قال إذا أدبت إلى ألفا فانت حر .

والرواية الثانية : يعتق ويموت حراً ولسيده بقية كتابته وما فضل لورثته . روى ذلك عن على وابن مسعود ومعاوية ، وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي ، إلا أن أبا حنيفة قال : يكون حراً فى آخر جزء من حياته ؛ وهذا قول القاضى ، ووجه هذه الرواية ما قدمنا فى التى قبلها ، ولأنها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين . فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع ، ولأن العبد أحد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والأول أولى ، وتفارق الكتابة البيع لأن كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ، ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه ، والمكاتب هو المعقود عليه ، والعقد يتعلق بعينه فإذا تلف قبل تمام الأداء انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل قبضه ولأنه مات قبل وجود شرط حريته ويتعذر وجوده بعد موته .

(فصل)

وإذا مات ولم يخلف وفاق فلا خلاف فى المذهب أن الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبدا وما فى يده لسيده ، وهو قول أهل الفتوى من أئمة الأمصار إلا أن يموت بعد أداء ثلاثة أرباع الكتابة عند أبي بكر والقاضى ومن وافقهما فإنه يموت حراً فى مقتضى قولهم .

وقال مالك : أن كان له ولد حر انفسخت الكتابة ، وإن كان له مملوك فى كتابته أجبر على دفع المال كله إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال أجبر على الاكتساب والأداء .

وقد روى عن على رضى الله عنه أنه يعتق منه بقدر ما أدى ، وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى (ص) قال : إذا أصاب المكاتب حدا أو ميراثا ورث بقدر ما أدى ويؤدى المكاتب بحصة ما أدى ، وعن عمر وعلى والنخعي : إذا أدّى الشطر فلا رق عليه .

وقال ابن مسعود : إذا أدى قدر قيمته فهو غريم ، وقد ذكرنا الجواب عن هذه الأقوال كلها فيما تقدم بما أغنى عن إعادته إن شاء الله تعالى .

(فصل) ولا تنسخ الكتابة بالجنون لأنها عقد لازم فلم تنسخ بالجنون كالرهن ، وفارق الموت لأن العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون ولأن القصد من الكتابة العتق والموت ينافيه ، ولهذا لا يصح عتق الميت والجنون لا ينافيه بدليل صحة عتق المجنون ، فعلى هذا إن أدى إليه المال عتق ، لأن السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذي كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد ، وإن لم يؤد كان للسيد أن يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فإن وجد له مالا سلمه في الكتابة وعتق وإن لم يجد له مالا جعل له أن يعجزه ويلزمه الاتفاق عليه لأنه عاد قنأ ، ثم إن وجد له الحاكم بعد ذلك مالا يفي بمال الكتابة أبطل فسخ السيد لأن الباطن بان بخلاف ما حكم به فبطل حكمه كما إذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد إلا أنه يرد على السيد ما أنفق من حين الفسخ لأنه لم يكن مستحقا عليه في الباطن . وإن أفاق فأقام البينة أنه كان قد دفع إليه مال الكتابة بطل أيضا فسخ السيد ولا يرد عليه ما أنفق لأنه أنفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعا بذلك فلم يرجع به وينبغي أن يستحلف السيد الحاكم أنه ما استوفى مال الكتابة ، وهذا قول أصحاب الشافعي ولم يذكره أصحابنا وهو حسن لأنه استوفاه ، والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه في استخلافه عليه

فصل في

وقتل المكاتب كونه في انفساخ الكتابة على ما أسلفناه من الخلاف ، سواء كان القاتل السيد أو الاجنبي ولا قصاص على قاتله الحر لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، فإن كان القاتل سيده ولم يخلف وفاء انفسخت الكتابة وعاد ما في يده إلى سيده ولم يجب عليه شيء ، لأنه لو وجب لوجب له .

فإن قيل فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئا من تركه المقتول ، قلنا ههنا لا يرجع إليه مال المكاتب ميراثا بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وإنما يمنع القاتل الميراث

خاصة . ألا ترى أن من له دين مؤجل اذا قتل من عليه الحق حل دينه ، وفي رواية وأم الولد اذا قتلت سيدها عتقت ، وان كان المـكاتب قد خلف وفاء وقلنا ان الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك ، وان قلنا لا تنفسخ بموته فله القيمة على سيده تصرف الى ورثته ، كما لو كانت الجناية على بعض أطرافه في حياته ، فان كان الوفاء يحصل بايجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجبت كما لو خلف وفاء لان دية المقتول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرفها الى ورثته بينهم على فرائض الله تعالى ولا فرق فيها ذكرنا بين أن يخلف وارثا أو لا يخلف وارثا . وذكر القاضى انه اذا لم يخلف وارثا سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال .

ولنا أن من لا وارث له يصرف ماله الى المسلمين ولا حق لسيده فيه لان صرفه الى سيده بطريق الارث والقاتل لا ميراث له ، وان كان القاتل أجنبيا وجبت القيمة لسيده الا في الموضع الذى لا تنفسخ الكتابة فانها تجب لورثته والله أعلم .

« مسألة ، قال (واذا مات السيد كان العبد على كتابته وما أدى فين ورثة سيده مقسوما كالـميراث) »

وجملة ذلك أن الكتابة لا تنفسخ بموت السيد لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا وذلك لانه عقد لازم من جهته لا سبيل الى فسخه فلم ينفسخ بموته كالبيع والاجارة اذا ثبت هــذا فان المـكاتب يؤدي نجومه أو ما بقى منها الى ورثته لانه دين لموروثهم ويكون مقسوما بينهم على قدر موارثهم كسائر ديونه ، فان كان له أولاد ذكور وإناث فللذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتق حتى يؤدي الى كل ذى حق حقه ، فان أدى الى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى الى بعضهم ؛ فان كان بعضهم غائبا وكان له وكيل دفع نصيبه الى وكيله ، وان لم يكن له وكيل دفع نصيبه الى الحاكم وعتق ، وان كان موليا عليه دفع نصيبه الى وليه إما ابنه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه ، فان كان له وصيان لم يبرأ الا بالدفع اليهما معاً ، وان كان الوارث رشيدا قبض لنفسه ولا تصح الوصية الى غيره ليقبض له لان الرشيد ولي نفسه .

وإن كان بعضهم رشيداً وبعضهم مولياً عليه لحكم كل واحد منهم حكمه لو انفرد، وإن أذن بعضهم له في الأداء إلى الآخر، وكان الذي أذن له في ذلك رشيداً فآدى إلى الآخر جميع حقه عتق نصيبه، فإن كان معسراً لم يسر إلى نصيب شريكه، وإن كان موسراً عتق عليه كله وقوم عليه بآقيه؛ كما لو كان بين شريكين فاعتق أحدهما نصيبه، وهذا ظاهر كلام الخرقي وهو أحد قولي الشافعي. وقال القاضي لا يسرى عتقه وإن كان موسراً، وهو القول الثاني للشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يعتق إلا بأداء جميع مال الكتابة لأنه أدى بعض مال الكتابة فأشبه ما لو أداه إلى السيد، وإن أبرأه من مال الكتابة برى منه وعتق، وإن أبرأه بعضهم عتق نصيبه، وكذلك إن أعتق نصيبه منه عتق؛ والخلاف في هذا كله كالخلاف فيما إذا أدى إلى بعضهم بإذن الآخر.

ولنا على أنه يعتق نصيب من أبرأه من حقه عليه أو استوفى نصيبه بإذن شركائه أنه أبرأه من جميع ما له عليه فوجب أن يلحقه العتق كما لو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة، وفارق ما إذا أبرأه سيده من بعض مال الكتابة لأنه ما أبرأه من جميع حقه.

ولنا على سرية عتقه أنه اعتاق لبعض العبد الذي يجوز اعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه فوجب أن يسرى عتقه كما لو كان قنأ، ولأنه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كحل الوفاق.

فإن قيل في السرية ضرر بالشركاء لأنه قد يعجز فيرد إلى الرق، قلنا إذا كان العتق في محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذي لا كتابة فيه، فلأن يزيل عرضية ذلك بطريق الأولى.

مسألة، قال (وولاؤه لسيده وإن عجز فهو عبد لسائر الورثة)

أما إذا عجز ورد في الرق فإنه يكون عبداً لجميع الورثة كما لو لم يكن مكاتباً لأنه من مال موروثهم فكان بينهم كسائر المال. وأما إذا أدى مال الكتابة وعتق فقال الخرقي يكون ولاؤه لمكاتبه يختص به عصباته دون أصحاب الفروض. وهذا قول أكثر الفقهاء وهو اختيار أبي بكر، ونقله إسحاق بن منصور عن أحمد

رحمه الله واسحاق ، وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال : اختلف الناس في المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته ، قال بعض الناس الولاء للرجال والنساء وقال بعض الناس : لا ولاء للنساء لأن هذا إنما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن ولكل وجه ، والذي أراه ويغلب على أنهن يرثن ، وذلك لأن المكاتب لو عجز بعد وفاة السيد رد رقيقا ، وهذا قول طاوس والزهرى ، وذلك لأن المكاتب انتقل إلى الورثة بموت المكاتب فكان ولاؤه لهم ، كما لو انتقل إلى المشتري ، ولأنه يؤدي إلى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو أدى إلى المشتري .

ووجه الأول أن السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له كما لو أدى إليه ، ولأن الورثة إنما ينتقل إليهم ما بقي للسيد ، وإنما بقي للسيد دين في ذمة المكاتب ، والفرق بين الميراث والشراء أن السيد نقل حقه في المبيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه ، والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ، ويبني على ما فعله موروثه ولا ينتقل إليه شيء أمكن بقاءه لموروثه والولاء مما أمكن بقاءه للموروث فوجب أن لا ينتقل عنه .

(فصل) فإن أعتقه الورثة صح عتقهم لأنه ملك لهم فصح عتقهم له ، ولأن السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم ويكون ولاؤه لهم ؛ لقول النبي (ص) : إنما الولاء لمن أعتق . وإن أعتق بعضهم نصيبه فعتق عليه كله قوم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له ؛ وإن لم يسر عتقه لكونه معسرا أو لغير ذلك فله ولاء ما أعتقه للخبر ، ولأنه منعم عليه بالعتق فكان الولاء له كغير المكاتب . وقال القاضي : إن أعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد ، وإن أعتق بعضهم لم يسر عتقه ، ثم ينظر فإن أدى إلى الباقي عتق كله وكان ولاؤه للسيد وإن عجز فردوه إلى الرق كان ولاء نصيب المعتق له ، لأنه لو لا اعتاقه لمعاد سهمه رقيقا كسهم سائر الورثة فلما أعتقه كان هو المنعم عليه فكان الولاء له دونهم ، فأما إن أبرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما إذا أدى إليهم لأن الأبراء جرى مجرى استيفاء ما عليه ، ويحتمل أن يكون الولاء لهم لأنهم

انعموا عليه بما عتق به ، فأشبهه مالهو اعتقوه وان أبرأه بعضهم من نصيبه كان في ولائه ما ذكرنا من الخلاف والله أعلم .

(فصل) إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبتهم لأنهم يقومون مقام المكاتب ، والمكاتب يملك بيعه وهبته فكذلك ورثته ويكون عند المشتري والموهوب له مبقى على كتابته ، فإن عجز فعجزه عادرقيقا له وان أدى وعتق كان ولاؤه لمن يؤدي اليه على الرواية التي تقول ان ولائه للورثة إذا أدى اليهم .

وأما على الرواية الأخرى فيحتمل ان لا يصح بيعه ولا هبته لأن ذلك يقتضي إبطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كاتبه وليس ذلك للورثة ، ويحتمل ان يصح ويكون الولاء للسيد ان عتق بالكتابة لأن السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه له ويفارق ما باعه السيد لأن السيد يبيعه أبطال حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فإنهم لا يملكون إبطال حق موروثهم .

فصل

وان وصى السيد بمال الكتابة لرجل صح فإن سلم مال الكتابة الى الموصى له أو وكيله أو وليه ان كان محجورا عليه برىء منه وعتق وولاؤه لسيده الذي كاتبه لأنه المنعم عليه ، وان أبرأه من المال عتق أيضا لأنه برىء من مال الكتابة فأشبهه مالهو أدى ، وان أعتقه لم يعتق لأنه لا يملك رقبته ولا وصى له بها ، وإنما وصى له بالمال الذي عليه ، وان عجز ورد في الرق عاد عبدا للورثة وما قبضه الوصى الموصى له من المال فهو له لأنه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والامر في تعجيزه الى الورثة لان الحق ثبت لهم بتعجيزه ويصير العبد لهم فكانت الخيرة في ذلك اليهم ، وأما الموصى له فإن حقه ووصيته تبطل بتعجيزه فلم يكن له في ذلك حق ، وان وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى الى رجل بقبضه وتفريقه بينهم صح ومتى سلم المال الى الوصى برىء وعتق وان أبرأه منه لم يبرأ لان الحق لغيره ، وان دفعه المكاتب الى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق لان التعيين الى الوصى دونه وان وصى بدفع المال الى غرمائه تعين القضاء منه كما لو وصى به عطية له وان كان إنما أوصى بقضاء ديونه مطلقا كان على المكاتب أن يجمع بين الورثة والوصى

بقضاء الدين ويدفعه اليهم بحضرته لان المال للورثة ولهم أن يقضوا الدين منه ومن غيره ، وللوصي في قضاء الدين حق فيه لان لهم منهم من التصرف في التركة قبل قضاء الدين .

فصل

اذا مات رجل وخلف ابنيْن وعبدا فادعى العبد أن سيده كاتبه فصدقه ثبتت الكتابة لان الحق لهما ، وان أنكراه وكانت له بينة بدعواه ثبتت الكتابة وعُتق بالاداء اليهما ، وان عجز فلهما رده الى الرق ، وان لم يعجزاه وصبرا عليه لم يملك الفسخ ، وان عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجزه بقي نصفه على الكتابة وعاد نصفه الآخر رقيقا ، وان لم تكن له بينة فالقول قولهم مع أيمانها لان الاصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون أيمانهم على نفي العلم فيحلفان بالله أنهما لا يعلمان أن أباها كاتبه لانها يمين على نفي فعل الخير ، فإن حلفا ثبت رقه وان نكلا قضى عليهما أو ردت اليمين عليه على قول من قضى بردها ، فيحلف العبد وتثبت الكتابة

وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى برق نصفه وكتابة نصفه ، وان صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البينة في نصفه الآخر ، فان لم تكن له بينة وحلف المذكر صار نصفه مكاتبا ونصفه رقيقا قنا فان شهد المقر على أخيه قبلت شهادته لانه لا يجربها الى نفسه نفعا ولا يدفع بها ضررا ، فان كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه ، وان لم يشهد معه غيره فهل يحلف العبد معه على روايتين ، وان لم يكن عدلا أو لم يحلف العبد معه وحلف المذكر كان نصفه مكاتبا ونصفه رقيقا ويكون كسبه بينه وبين المذكر نصفين ونفقته من كسبه لانها على نفسه وعلى مالك نصفه ، فان لم يكن له كسب كان على المذكر نصف نفقته ، ثم ان اتفق هو ومالك نصفه على المماياة معاومة أو مشاهرة أو كيفما كان جاز ، وان طلب ذلك أحدهما وامتنع الآخر فظاهر كلام أحد أنه يجبر عليها ، وهو قول أبي حنيفة لان المنافع مشتركة بينهما فاذا أراد أحدهما حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر اجابته كالأعيان ، ويحتمل أن لا يجبر ، وهو قول الشافعي لان المماياة تأخير حقه الحال لان المنافع في هذا اليوم مشتركة

بينهما فلا تجب الاجابة اليه كتأخير دينه الحال ، فإن اقتسما الكسب مهايأة أو مناصفة فلم ينف بأداء نجومه فللمقر رده في الرق وما في يده له خاصة لأن المنكر قد أخذ جنة من الكسب ، وإن اختلف المنكر والمقر فيما في يد المكاتب فقال المنكر هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة وكسبه في حياة أينما وأنكر ذلك المقر قال قول قوله مع يمينه ، لأن المنكر يدعى كسبه في وقت الاصل عدمه فيه ، ولأنه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك كان القول قول المكاتب فكذلك من يقوم مقامه ، وإن أدى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر الى نصيب شريكه لأنه لم يباشر العتق ولم يتسبب اليه ، وإنما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ، ولأن المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضاً لأنه قد قبض من العبد مثل ما قبض فتد حصل أداء مال الكتابة اليهما جميعاً فعتق كله بذلك وولاه هذا النصف للمقر لأن أخاه لا يدعيه ، وهذا المقر يدعى أنه كله قد عتق بالكتابة ، وهذا الولاء الذي على هذا النصف نصيب من الولاء ، وقال أصحاب الشافعي في ذلك وجهان .

أحدهما : كقولنا .

والثاني . الولاء بين الاثنين لأنه ثبت لموروثهما فكان لما بالميراث والصحيح ما قلناه لما ذكرناه ولا يمنع ثبوت الولاء للأب واختصاص أحد الابنين به كما لو ادعى أحدهما ديناً لأبيه على إنسان وأنكره الآخر ، فإن المدعى يأخذ نصيبه من الدين ويختص به دون أخيه وإن كان يرثه عن الأب ، وكذلك لو ادعياه معا وأقاما به شاهداً واحداً فحلف أحدهما مع الشاهد وأبى الآخر ، فإن أعتق أحدهما حصته عتق وسرى الى باقيه إن كان موسراً ، وهذا قول الحرقى لقول النبي (ص) « من أعتق شركاً له من عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم » ، ولأنه موسراً عتق نصيبه من عبد مشترك ، فسرى الى باقيه كغير المكاتب .

وقال أبو بكر والقاضي : لا تعتق إلا حصته لأنه إن كان المعتق المقر فهو منفذ وإن كان المنكر لم يسر الى نصيب المقر لأنه مكاتب لغيره وفي سريته العتق اليه لإبطال سبب الولاء عليه ، فلم يحز ذلك .

« مسألة ، قال (ولا يمنع المكاتب من السفر)

وجملته أن المكاتب لا يمنع من السفر قريبا كان أو بعيداً ، وهذا قول الشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والثوري والحسن بن صالح وأبي حنيفة ، ولم يفرق أصحابنا بين السفر الطويل وغيره ، لكن قياس المذهب أن له منعه من سفر تحمل نجوم كتابته قبله لأنه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في وقته عند عجزه فمنع منه كالغريم الذي يحل عليه الدين قبل مدة سفره ، واختلف قول الشافعي فقال في موضع له السفر وفي قول ليس له السفر ، فقال بعض أصحابه فيها قولان وقال بعضهم ليست على قوانين إنما هي على اختلاف حالين فالموضع الذي قال له السفر إذا كان قصيراً لأنه في حكم الحاضر ، والموضع الذي منع منه إذا كان بعيداً يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع في وقته عند عجزه .

ولنا أن المكاتب في يد نفسه وإنما للسيد عليه دين فأشبه الحر المدين ، وما ذكرناه لا أصل له ويبطل بالحر الغريم .

فصل

فإن شرط عليه في الكتابة أن لا يسافر فقال القاضي : الشرط باطل ، وهو قول الحسن وسعيد بن جبير والشعبي والنخعي وأبي حنيفة لأنه يناهض مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ، ولأنه غريم فلم يصح شرط ترك السفر عليه كما لو أقرضه رجل قرضاً بشرط أن لا يسافر .

وقال أبو الخطاب : يصح الشرط وله منعه من السفر ، وهو قول مالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » ، ولأنه شرط له فيه فائدة فلزم كما لو شرط نقداً معلوماً ، وبيان فائدته أنه لا يأمن إبقائه وأنه لا يرجع إلى سيده فيفوت العبد والمال الذي عليه ، ويقارق القرض فانه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب بأخذه ومنع الغريم السفر قبل إيفائه ، فكان المنع من السفر حاصلاً بدون شرطه بخلاف الكتابة فإنه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرطه ، وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله ، وهذا أصح إن شاء الله تعالى وأولى ، فعلى هذا الوجه لسيد منعه من السفر فإن سافر بغير إذنه فله رده إن أمكنه ، وإن

لم يمكنه رده احتمال أن له تعجيزه ورده إلى الرق لأنه لم يف بما شرطه عليه أشبه ما لو لم يف بأداء الكتابة ، واحتمل أن لا يملك ذلك لأنه مكاتب كتابته صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجيزه ، كما لو لم يشترط عليه

(فصل) وإن شرط في كتابته أن لا يسأل ، فقال أحمد قال جابر بن عبد الله هم على شروطهم أن رأيت يسأل تنهأ ، فإن قال لا أعود لم يرد عن كتابته في مرة فظاهر هذا أن الشرط صحيح لازم وأنه ان خالف مرة لم يعجزه ، وان خالف مرتين أو أكثر فله تعجيزه .

قال أبو بكر : إذا رآه يسأل مرة في مرة عجزه كما إذا حل نجم في نجم عجزه ، فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين ، وإنما صح الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » ولأن له في هذا فائدة وغرضاً صحيحاً ، وهو أن لا يكون كلا على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم .

وذكر أبو الخطاب أنه لا يصح الشرط لأن الله تعالى جعل للمكاتب سهماً من الصدقة بقوله تعالى (وفي الرقاب) وهم المكاتبون فلم يصح اشتراط ترك طلب ما جعله الله تعالى له .

« مسألة » قال (وليس له أن يتزوج الا بإذن سيده)

وهذا قول الحسن ومالك والليث وابن أبي ليلى وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف ، وقال الحسن بن صالح له ذلك لأنه عقد معاوضة أشبه البيع ولنا قول النبي (ص) « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر » ولأن على السيد فيه ضرراً ، لأنه ربما عجز فيرجع إليه ناقص القيمة ، ويحتاج أن يؤدي المهر والنفقة من كسبه ، فيعجز عن تأدية نجومه ، فيمنع من ذلك كالتبرع به .

إذا ثبت هذا فإنه إذا تزوج لم يصح تزويجه . وقال الثوري نكاحه موقوف أن أدى تبيناً أنه كان صحيحاً وان عجز فنكاحه باطل

ولنا الخبر ولأنه تصرف منه للضرر فلم يصح كالمهبة ، وما ذكرناه لا أصل له .

فإذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعده فعليه مهر مثلها يؤدي من كسبه لأنه بمنزلة جنابته وإن أتت بولد لحقه نسبه لأنه من وطء في نكاح فاسد ، فإن كانت المرأة حرة فهو حر ، وإن كانت أمة فولدها رقيق لسيدها ، فأما إن أذن له سيده في النكاح صح منه في قولهم جميعا ، فإن الخبر يدل بمفهومه على صحة تزويجه إذا أذن له ، ولأن المنع من نكاحه لحق سيده ، فإذا أذن له زال المانع ، ولأنه لو أذن لعبده القن في النكاح صح منه ، فالمكاتب أولى .

(فصل) وليس له التسرى بغير إذن سيده لأن ملكه غير تام ، وقال الزهري لا ينبغي لأهله أن يمنعوه من التسرى

ولنا أن ملكه ناقص وعلى السيد فيه ضرر فيمنع منه كالتزويج ، وبيان الضرر فيه أنه ربما أحيلها ، والحبل عيب في بنات آدم وربما تلفت وربما ولدت فصارت أم ولد فيمتنع عليه بيعها في أداء كتابتها ، وإن عجزت رجعت إلى السيد ناقصة فإذا منع من التزويج أضرره فهذا أولى ، فأما إن أذن له سيده في التسرى جاز له .

وقال الشافعي : لا يجوز له ذلك وإن أذن فيه سيده في أحد القولين لأنه أمر يضر به وربما أفضى إلى منعه من العتق فلم يجوز وإن أذن فيه سيده ، ولأنه ناقص الملك فلم يجوز له التسرى كوطء الجارية المشتركة

ولنا أنه لو أذن لعبده القن في التسرى جاز فالمكاتب أولى ، ولأن المنع كان لأجل الضرر بالسيد فجاز تأديبه كالتزويج

إذا ثبت هذا فإنه إذا تسرى بأذن سيده أو غير أذنه فلا حد عليه لشبهة الملك ولا مهر عليه ، لأنه لو وجب لوجب له ، ولا يجب على الإنسان شيء لنفسه ، وإن حبلى فالنسب لاحق به ، لأن الحد إذا سقط بالشبهة لحقه النسب ويكون الولد مملوكاً له لأنه ابن أمته ولا يعتق عليه لأن ملكه غير تام وليس له بيعه لأنه ولده ويكون موقوفاً على كتابته فإن أدى عتق وعتق الولد لأنه ملك لأبيه الحر ، وإن عجز وعاد إلى الرق فولده رقيق أيضاً ويكونان مملوكين للسيد ، فأما الأمة فإن ولدت قبل عتقه وعجزه فإنها تصير أم ولد للمكاتب وليس له بيعها

نص عليه أحمد لأن ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويعتق بعته أبيه
فكذلك أمه ، فعلى هذا لا يجوز بيعها وتكون موقوفة على المكاتب إن عتق فهي
أم ولده وإن رقت .

وقال القاضي في موضع لا تصير أم ولد بحال وله بيعها لأنها حملت بمملوك في
ملك غير تام ، وللشافعي قولان كهذين الوجهين ، وإن وضعته بعد عتقه لأقل
من ستة أشهر تبينا أنها حملت به في حال رقه فالحكم على ما مضى ، وإن أتت به
لأكثر من ستة أشهر حكمنا أنها حملته حراً لأننا لم نتيقن وجوده في حال الرق
وتكون أم ولد لأنها علقت بحر في ملكه ، وللشافعي من التفصيل نحو مما ذكرنا

(فصل)

وليس للمكاتب أن يزوج عبيده وإماءه بغير إذن سيده ، وهذا قول الشافعي
وابن المنذر . وذكر عن مالك أن له ذلك إذا كان على وجه النظر لأنه عقد على
منفعة فملكه كالإجارة ، وهو الذي قاله أبو الخطاب في رموس المسائل .

وحكى عن القاضي أنه قال في الخصال له تزويج الأمة دون العبد ، وهو قول
أبي حنيفة لأنه يأخذ عوضاً عن تزويجها بخلاف العبد ولأنه عقد ذمة على
منافعها فأشبهه إيجارها .

ولنا أن على السيد فيه ضرراً لأنه إن زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها
وشغله بحقوق الزكاح ونقص قيمته وإن زوج الأمة ملك الزوج بضعها ونقصت
قيمتها وقلت الرغبات فيها ، وربما امتنع بيعها بالكلية ، وأبسر ذلك من جهات
المكاتب فربما عجزه ذلك عن أداء نجومه وإن عجز عا د رقيداً للسيد مع ما تعاق
بهم من الحقوق ولحقهم من النقص فلم يجز ذلك له كإعتاقهم ، وفارق إجارة
الدار فإنها من جهات المكاسب عادة ، فعلى هذا أن وجب تزويجهم لطلبهم ذلك
وحاجتهم إليه باعهم ؛ فإن العبد متى طلب التزويج خير سيده بين بيعه وتزويجه
وإن أذن له السيد في ذلك جاز لأن الحق له والمنع من أجله بخاز ياذنه .

(فصل) وليس له إعتاق رقيقه إلا بإذن سيده ، وبهذا قال الحسن والأوزاعي
ومالك والشافعي وأبو حنيفة لأن فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيها لا يحصل له

به مال فاشبه الهبة ، فان أعتق لم يصح إعتاقه ، ويتخرج أن يصح ويقف على إذن سيده .

وقال أبو بكر هو موقوف على آخر أمر المكاتب فان أدى عتق معتقه وان لم يؤد رق . قال القاضي : هذا قياس المذهب كقولنا في ذوى الارحام أهم موقوفون .

ولنا أنه تبرع بماله بغير إذن سيده فكان باطلا كالهبة ولأنه تصرف تصرفاً منع منه لحق سيده فكان باطلا كسائر ما يمنع منه ، ولا يصح قياسه على ذوى أرحامه لأن عتق ذوى أرحامه ليس بتصرف منه ، وإنما يعتقهم الشرع على ما ألهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتق به ، فاذا عتق كمل ملكه فعتقوا حينئذ والمعنى إنما يعتق بالاعتاق الذى كان باطلا فلا تيقن صحته اذا كمل الملك لأن كمال الملك فى الثانى لا يوجب كونه كاملاً حين الاعتاق ، وكذلك لا يصح سائر تبرعاته بأدائه ، فأما أن إذن فيه سيده صح .

وقال الشافعى فى أحد القولين لا يصح لأن تبرعه بماله يفوق المقصود من كتابته وهو العتق الذى هو حق لله تعالى أو فيه حق له فلا يجوز تفويته ، ولأن العتق لا ينفك من الولاء والعبد ليس من أهله ولأن ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك اعتاق ما فى يده ولا هبته فلم يصح لأنه فيه

ولنا أن الحق لا يخرج عنهما فاذا اتفقا على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن وما ذكره يبطل بالنكاح فإنه لا يملك ولا يملكه السيد عليه واذا إذن له فيه جاز وأما الولاء فإنه يكون موقوفاً فان عتق المكاتب كان له والا فهو لسيده كما يرق بماله من ذوى أرحامه ، هذا قول القاضي ، وقال القاضي أبو بكر : يكون لسيده لأن إعتاقه إنما صح بإذن سيده فكان كالنائب له .

(فصل) والمكاتب محجور عليه فى ماله فليس له استهلاكه ولا هبته ، وبهذا قال الحسن ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ولا أعلم فيه مخالفاً لأن حق سيده لم ينقطع عنه لأنه قد يعجز فيعود إليه ، ولأن القصد من الكتابة تحصيل العتق بالأداء وهبة ماله تفوت ذلك وإن إذن فيه سيده جاز . وقال أبو حنيفة لا يجوز لأنه يفوت المقصود بالكتابة ، وعن الشافعى فيه كالمذهبين

ولنا أن الحق لا يخرج عنهما فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن ، فأما الهبة بالثواب فلا تصح . وقال الشافعي في أحد قوليّه تصح لأن فيها معاوضة .
ولنا أن الاختلاف في تقدير الثواب يوجب الغرر فيها ، ولأن عوضها يتأخر فتكون كالبيع نسيئة ؛ وإن أذن فيها السيد جازت وإن وهب لسيده جاز لأن قبوله الهبة إذن فيها . وكذلك إن وهب لابن سيده الصغير

(فصل)

ولا يحابى في البيع ولا يزيد في الثمن الذي اشترى به ، ولا يعير دابة ولا يهدى هدية وأجاز ذلك أصحاب الرأي . ويحتمل جواز إعاره دابته وهدية المأكل ودعائه إليه لأن ذلك يجوز للمأذون له ولا ينحط المكاتب عن درجته . ووجه الأول أنه تبرع بماله فلم يجز كالهبة ، ولا يوصى بماله ولا يحط عن المشتري شيئا ولا يقرض ولا يضمن ولا يتكفل بأحد ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لأن ذلك تبرع بماله فمنع منه كالهبة .

(فصل) وليس له أن يحجج إن احتاج إلى انفاق ماله فيه ، ونقل الميموني عن أحمد : المكاتب أن يحجج من المال الذي جمعه إذا لم يأت نجمه ، وهذا محمول على أنه يحجج بإذن سيده أما بغير إذنه فلا يجوز لأنه تبرع بما ينفق مالا فيه فلم يجز كالعق .

فأما إن أمكنه الحج من غير إنفاق ماله كالذي تبرع إنسان بإحجاجه أو يخدم من ينفق عليه فيجوز إذا لم يأت نجمه لأن هذا يجري مجرى تركه ، وليس ذلك مما يمنع منه .

(فصل) وليس للمكاتب أن يكتب إلا بإذن سيده ، وهذا قول الحسن والشافعي لأن الكتابة نوع إعتاق فلم تجز من المكاتب كالمعجز ، ولأنه لا يملك الإعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون له في التجارة ، واختار القاضي جواز الكتابة وهو الذي ذكره أبو الخطاب في رموس المسائل ، وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري والاوزاعي لأنه نوع معاوضة فأشبه البيع ؛ وقال أبو بكر هو موقف كقوله في العتق المنجز ، فإن أذن فيها السيد صحمت ، وقال الشافعي فيها قولان ، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم فإذا كاتب عبده فعجزا جميعا صارا رقيقين للسيد .

وان أدى المكاتب الاول ثم أدى الثاني فولاء كل واحد منهما لمكاتبه ، وان أدى الاول وعجز الثاني صار رقيقا للأول ، وان عجز الاول وأدى الثاني فولاؤه للسيد الاول ، وان أدى الثاني قبل عتق الاول عتق ، قال أبو بكر وولاؤه للسيد وهو قول أبي حنيفة ، لأن العتق لا ينفك عن الولاء ، والولاء لا يوقف لأنه سبب يورث به فهو كالنسب ؛ ولأن الميراث لا يقف كذلك سببه .

وقال القاضي : هو موقوف ان أدى عتق والولاء له والا فهو للسيد ، وهذا أحد قولى الشافعى لقول النبي صلى الله عليه وسلم : إنما الولاء لمن أعتق ، ولأن العبد ليس بملك له ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه .

وقولهم : لا يجوز أن يقف — كما لم يقف — النسب والميراث فليس كذلك ، فإن النسب يقف على بلوع الغلام وانتسابه إذا لم تلحقه القافة بأحد الواطنين ، وكذلك الميراث يوقف على أن الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء لا يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل ، وهو ما يجره موالى الآب من مولى الأم فجاز أن يكون موقفا ، والنسب والميراث بخلاف ذلك ، فإن مات المعتق قبل عتق المكاتب وقلنا الولاء للسيد ورثه ، وان قلنا هو موقوف فميراثه أيضا موقوف .

(فصل)

وليس له أن يبيع نسيئة وان باع السلعة بأضعاف قيمتها وهذا مذهب الشافعى لان فيه تغريرا بالمسأل وهو ممنوع من التغرير بالمال لتعلق حق السيد به . قال القاضي : ويتخرج الجواز بناء على الضارب أن له البيع نسيئة في إحدى الروايتين فيخرج ههنا مثله ، وسواء أخذ بالثمن ضمينا أو رهنا أو لم يأخذ لان الغرر لم يزل ، فان الرهن يحتمل أن يتلف .

ويحتمل أن يفلس الغريم والضمين ، ويحتمل أن يجوز مع الرهن أو الضمين لان الوثيقة قد حصلت به والعوارض نادرة على خلاف الاصل ، فان باع بأكثر مما يساوى حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز لان الزيادة ربح ، وان اشترى نسيئة جاز لانه لا غرر فيه ولا يجوز أن يدفع به رهنا ، لان الرهن أمانة وقد يتلف أو يجعده الغريم ، وليس له أن يدفع ماله سلما لانه في معنى البيع نسيئة وله أن

يستسلف في ذمته لانه في معنى الشراء نسيئة ، وليس له أن يقرض لانه تبرع بالمال وفيه خطر به ، وله أن يقرض لانه ينتفع بالمال وليس له أن يدفع ماله مضاربة لانه يسلمه الى غيره فيغرر به ، وله أن يأخذ المال قراضا لانه من أنواع الكسب ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ما ذكرنا .

(فصل) وللمكاتب أن يبيع ويشترى باجماع من أهل العلم لان عقد الكتابة لتحصيل العتق ، ولا يحصل إلا بأداء عوضه ، ولا يمكنه الاداء الا بالاكتساب والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب ، فانه قد جاء في بعض الآثار أن تسعة أعشار الرزق في التجارة ، وله أن يأخذ ويعطي فيما فيه الصلاح لماله والتوفير عليه وله أن ينفق مما في يده من المال على نفسه في ما كله ومشربه وكسوته بالمعروف مما لا غناء له عنه ، وعلى رقيقه والحيوان الذي له ، وله تأديب عبيده وتعزيزهم إذا فعلوا ما يستحقون ذلك لانه من مصلحة ملكه فملكه كالنفقة عليهم ، ولا يملك إقامة الحد عليهم لان هذا موضع ولاية وليس هو من أهلها ، وله المطالبة بالشفعة والاخذ بها لانه نوع شراء ، فان كان المشتري للشخص سيده فله أخذه منه لان له أن يشتري منه .

وان اشترى المكاتب شفعا لسيده فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة لانه مع سيده في باب البيع والشراء كالأجنبي ، وان وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المكاتب أن سيده عفا عنها سمعت دعواه ، وان أنكره السيد كان عليه اليمين وإن أذن السيد لمكاتبه في البيع بالمحاباة صح منه وكان لسيده الاخذ بالشفعة لأن بيعه بالمحاباة مع إذن سيده فيه صحيح ، ويصح إقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين لانه يصح تصرفه فيه بذلك ، ومن ملك شيئا فله الإقرار به

« مسألة ، قال (ولا يبيعه سيده درهما بدرهمين)

وجملته أن الربا يجري بين العبد وبين سيده فلم يجز أن يبيعه درهما بدرهمين كالأجنيين ، وقال ابن أبي موسى : لا ربا بينهما لانه عبد في الاظهر من قوله ، ولا ربا بين العبد وسيده ، ولهذا جاز أن يعجل لسيده ويضع عنه بعض كتابته ، وله وطء مكاتبته إذا شرط ، ولو حملت منه صارت له بذلك أم ولد .

ووجه قول الخرقى أن السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالأجنبي ، بدليل أن لكل واحد منهما الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما في يد صاحبه ، وإذا يتعلق لسيد حقه فيها بيده لكونه بعرضية أن يعجزه فيعود إليه وهذا لا يمنع جريان الربا بينهما كالأب مع ابنه ، فعلى هذا القول لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الأجنيين ولا النساء فيما يحرم النساء فيه بين الأجانب .

(فصل)

فإن كان لكل واحد منهما على صاحبه دين ، مثل أن كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة أو غيرها والمكاتب على سيده دين وكانا نقداً من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلاً واحداً تقاصاً وتساقطاً لانهما إذا تساقطاً بين الأجانب فعلى السيد ومكاتبه أولى ، وإن كانا نقدين من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن أبي موسى لو كان له على سيده ألف درهم ولسيده عليه مائة دينار فجعلها قصاصاً بها جاز بخلاف الحرين .

وقال القاضي : لا يجوز هذا لانه بيع دين بدين ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الدين بالدين ، ولأنه لا يجوز بين الأجنيين فلم يجر بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات ، وفارق العبد القن فإنه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيده له أخذه والتصرف فيه ، فعلى هذا لا يجوز مع التراضي به ، وعلى قول ابن موسى يجوز إذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يثبت التقابض قبل تراضيهما به لانه بيع .

فأما إن كان عرضين أو عرضاً ونقداً لم تجز المقاصة فيهما بغير تراضيهما بحال سواء كان القرض من جنس حقه أو غير جنسه ، وإن تراضيا بذلك لم يجر أيضاً لانه بيع دين بدين ، وإن قبض أحدهما من الآخر حقه ثم دفعه إلى الآخر عوضاً عن ماله في ذمته جاز إذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم ، فإن ثبت عن سلم لم يجر أخذ عوضه قبل قبضه ، وفي الجملة أن حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الأجانب إلا على قول ابن أبي موسى الذي ذكرناه والله أعلم .

« مسألة ، قال (وليس للرجل أن يطا مكاتبته إلا أن يشترط)

الكلام في هذه المسألة في فصلين .

أحدهما : في وطئها بنزير شرط وهو حرام في قول أكثر أهل العلم منهم سعيد ابن المسيب والحسن والزهرى ومالك والليث والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وقيل له وطؤها في الوقت الذى لا يشغلها الوطء عن السعى عما هى فيه لأنها ملك يمينه فتدخل في عموم قوله تعالى (أو ماملكت أيمانكم) . ولنا . أن الكتابة عقد أزال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بضعها فيها إذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع والاية مخصوصة بالزوجة فتقيس عليها محل النزاع ولأن الملك ههنا ضعيف لانه قد زال عن منافعتها جملة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق أم الولد فإن ملكه باق عليها وإنما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها وإنما امتنع البيع لأنها استحققت العتق بموته استحقاقا لازما لا يمكن زواله .

الفصل الثانى : إذا شرط وطأها فله ذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وقال سائر من ذكرنا ليس له وطؤها لانه لا يملكه مع إطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها أو أعتقها .

وقال الشافعى : إذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضا فاسدا ، وقال مالك لا يفسد العقد به لانه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسده كالصحيح .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ولأنها مملوكة له شرط نفعها فصح كشرط استخدامها ، يحقق هذا أن منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليه ووجود المقتضى لحل وطئها إنما كان لحقها فإذا شرطه عليها جاز كالخدمة ولانه استثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة وفارق البيع لانه يزيل ملكه عنها .

(فصل) فإن وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا تعزير ولا مهر لانه وطء يملكه ويباح له فأشبهه وطأها قبل كتابتها ، وإن وطئها من غير شرط فقد أساء

وعليه التعزير لانه وطء محرم ولا حد عليه في قول عامة الفقهاء لا نعلم فيه خلافا
إلا عن الحسن والزهرى فانهما قالا عليه الحد لانه عقد عليها عقد معاوضة يحرم
الوطء فأوجب الحد بوطنها كالبيع .

ولنا أنها مملوكة فلم يجب الحد بوطنها كأمته المستأجرة والمرهونه وتخالف
البيع فإنه يزيل الملك ، والكتابة لا تزيله بدليل قوله عليه السلام : المكاتبة عبد
ما بقى عليه درهم ، وعليه مهرها لها لانه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها
فكان عليه عوضها كمنافع بدنها .

(فصل)

وان أولدها صارت أم ولد له ، سواء وطئها بشرط أو بغير شرط ، لانه أحبلها
بحر في ماله كـهـ كانت أم ولده كغير المكاتبة والولد حر لانه ولده من مملوكة
ويلحقه نسبه لذلك ولانه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد المغرور
ولا تلزمه قيمته لأنها وضعت في ماله .

(فصل) وليس له وطء بنتها لأنها تابعة لأمها موقوفة معها فلم يبيع وطؤها
كأمها ولا يباح ذلك بالشرط لان حكم الكتابة ثبت فيها تبعا ولم يكن وطؤها مباحا
حال العقد بشرطه فان وطئها فلا حد عليه لأنها ماله وبأثم ويعزر لانه وطئ
فرجا محرما ولها مهر عليه حكمه حكم كسبها يكون لأمها تستعين به في كتابتها لان
ذلك سبب حريتها وان أحبلها صارت أم ولد له والولد حر لانه أحبلها بحر في
ماله ويلحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها لان أمها لا تملكها ولا قيمة ولدها
لأنها وضعت في ماله .

(فصل) وليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبته اتفاقا فان فعل أثم وعزر
ولا حد عليه لشبهة الملك لانه يملك مالها وعليه مهرها لسيدتها وولده منها حر
يلحقه نسبه لان الحد سقط لشبهة الملك وتصير أم ولد له وعليه قيمتها لسيدتها
لانه أخرجها بوطنه عن ماله وكان عليه قيمتها لسيدته ولا تجب عليه قيمة الولد
لأنها وضعت في ماله ، ويحتمل أن تلزمه قيمته لانه أخرجها بوطنه عن أن يكون
مملوكا لسيدتها فأشبه ولد المغرور .

(فصل)

ولا يملك إجبار مكاتبتة ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج لانه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعا ونفع بضعها وعن عوضه وليس لواحدة منهما التزوج بغير اذن لان عليه ضررا في ذلك ، فانه يثبت للزوج حقا فيها ، فربما عجزت وعادت اليه على وجه لا يملك وطأها ، فان تراضيا بذلك جاز لان الحق لا يخرج عنهما وهو وليها وولي ابنتها وجاريتهما جميعا لان الملك له فاشبه الجارية القن والمهر للمكاتبة على ما ذكرنا في مهرهن اذا وطئن السيد

« مسألة ، قال (فان وطئها ولم يشترط أدب ولم يبلغ به حد الزاني وكان عليه مهر مثلها) »

وجملة الامر أن السيد اذا وطئ مكاتبتة من غير شرط فقد ذكرنا أنه لا حد عليه لكن ان كانا عالمين بالتحريم عزرا وان كانا جاهلين عزرا ، وان كان أحدهما عالما والآخر جاهلا عزر العالم وعزر الجاهل ولا يخرج بالوطء عن الكتابة ، وقال الليث : ان طاوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنا :

ولنا أنه عقد لازم فلم يفسخ بالمطاوعة على الوطء كالأجارة والبيع بعد لزومه فأما المهر فانه يجب لها أكرهها أو طاوعته ، وبه قال الحسن والثوري والحسن ابن صالح والشافعي .

وقال قتادة : يجب اذا أكرهها ولا يجب اذا طاوعته . ونقله المزي عن الشافعي ، لان المطاوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية ، ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين ، وأنكر أصحابه ما نقله المزي وقالوا لا يعرف ، قال مالك لا شيء عليه لانها ملكه .

ولنا أنه عوض منفعتها فوجب لها كعوض بدنها ؛ ولان المكاتبة في يد نفسها ومنافعها لها ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها وإنما وجب في حال المطاوعة لان الحد يسقط عنه لشبهة الملك فوجب لها المهر كالموطئ امرأة بشبهة عقد مطاوعة ، فان تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطء الاول فالثاني مهر أيضا لان الاداء قطع حكم الوطء الاول ، وان لم يكن أدى عن الاول لم يجب إلا مهر

واحد لأن هذا عن وطء الشبهة فلم يكن إلا مهر أو أحد أ كالوطء في النكاح للفساد (فصل) وإذا وجب لها المهر فإن كان لم يحل عليها نجم فلها المطالبة ، وإن كان قد حل عليها فكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة به أيضا ، وإن كان من جنسه تقاصا وأخذ ذو الفضل فضله

• مسألة ، قال (فإن علقت منه فهي مخيرة بين العجز وتكون أم ولد وبين المضي على كتابتها ، فإن أدت عتقت ، وإن عجزت عتقت بوثه ، وإن مات قبل عجزها انعتقت لأنها من أمهات الأولاد ويسقط عنها ما بقي من كتابتها وما في يدها لورثة سيدها)

وجملته أن السيد إذا استولد مكاتبته قال ولد حر لأنه من مملوكته ونسبه لاحق به ولا تجب قيمته لذلك وتصير أم ولد له لذلك ولا تبطل كتابتها لأنه عقد لازم من جهة سيدها ، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه . هذا قول الزهري ومالك والثوري والليث والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر . وقال الحكم تبطل كتابتها لأنها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاد كالتيدير ولنا أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ، ولأنها سبب للعتق لا يملك السيد الرجوع عنه فلم تبطل بذلك كالتعليق بصفة ، وما ذكره يبطل بالتعليق بالصفة ، وتفارق الكتابة التدير من وجوه :

أحدها أن حكم التدير والاستيلاد واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاد أقوى لأنه يعتبر من رأس المال ولا سبيل إلى إبطاله بحال فاستغنى به عن التدير والكتابة سبب يتمجل بها العتق بالاداء ويكون ما فضل من كسبها لها ويملك بها منافعها وكسبها وتخرج عن تصرف سيدها ، وهذا لا يحصل بالاستيلاد فيجب أن تبقى لبقاء فائدتها .

الثاني : أن الكتابة أقوى من التدير للزومها وكونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا يبيع المكاتب ولا هبته .

الثالث : أن التدير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم .

فاذا ثبت هذا فإنه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضى الحرية ، فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفرد ، لأن انضمام أحدهما الى الآخر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه ، فإن أدت عتقت بالكتابة وما فضل من كسبها فهو لها لأن المعتق بالكتابة له ما فضل من نجومه .

وإن عجزت وردت في الرق بطل حكم الكتابة وبقي لها حكم الاستيلاد منفردا كما لو لم تكن مكاتبه وله وطؤها وتزويجها وإجارتها وتعتق بموته وما في يدها لورثة سيدها ، وإذا مات سيدها قبل عجزها انعتقت لأنها أم ولد وتسقط الكتابة لأن الحرية حصلت فسقط العوض المبذول في تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعق وما في يدها لورثة سيدها في قول الحرقى وأبي الخطاب لأنها عتقت بحكم الاستيلاد وبطل حكم الكتابة فأشبهت غير المكاتبه .

وقال القاضى فى المجرد وابن عقيل فى كتابه : ما فضل فى يدها لها وهو قول الشافعى ، لأن العتق اذا وقع فى الكتابة لا يبطل حكمها كالأبراء من نجوم الكتابة ولأن ملكها كان ثابتا على ما فى يدها ولم يحدث الا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضى زوال حقه عما فى يدها وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك فى نفسها ، وهذا أصح والله أعلم .

(فصل)

وان أعتقها سيدها عتقت وسقطت كتابتها وما فى يدها لها فى قول القاضى ومن وافقه ، فأما على قول الحرقى ومن وافقه فقياسه أن يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاد ، ويحتمل أن يكون لها على قولهم أيضا لأن السيد أعتقها برضاه فيكون رضا منه بإعطائها ماله بخلاف العتق بالاستيلاد ، فإنه حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ، ولأنه لو كان مال المكاتب يصير للسيد بإعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء ، فمضى كان له غرض فى أخذ ماله أما لكثرتة وفضله عن نجوم كتابته ، وأما لغرض له فى بعض أعيان ماله أعتقه وأخذ ماله ، وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب أن لا يشرع (فصل) وان أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها فى العتق

بكل واحد من السببين أيهما سبق عتق به كالام سواء ، لأنه بائع لها فيثبت له ما يثبت لها ، وإن ماتت المكاتبه بقي للولد سبب الاستيلاد وحده ، وإن اختلفا في ولدها فقالت ولدته بعد كتابتي أو بعد ولادتي ، وقال السيد بل قبله ، فقال أبو بكر القول قول السيد مع يمينه .

وهذا قول الشافعي لأن الأصل كون الأمة وولدها رقيقا لسيدهما التصرف فيهما وهي تدعى ما يمنع التصرف ، وإن زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد هو لي لأنها ولدته قبل بيعها لك ، وقال المكاتب بل بعده فالقول قول المكاتب لأنهما اختلفا في ملكه ويد المكاتب عليه فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الاموال ، ويفارق ولد المكاتبه لأنها لا تدعى ملكه .

(فصل)

إذا كانت الأمة بين شريكين فكاتباهما ثم وطئها أحدهما أدب فوق أدب الواطيء لمكاتبته الخاصة له لأن الوطء ههنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو آكد وإنه أعظم وأدبه أكثر وعليه مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحداً ، فإن لم يكن حل نجم قبضت المهر فإذا حل نجمها سلمته اليهما وإن حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته الى الذي لم يطأها واحتسبت على الواطيء بالمهر ، وإن لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطيء نصفه وسلمته الى الآخر ، وإن لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضاً عن مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وإن لم يتفقا قبضته ودفعته مما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره وإن عجزت فسخا الكتابة وكان في يدها بقدر المهر أخذه الذي لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطيء ، وإن لم يكن في يدها شيء كان للذي لم يطأ أن يرجع على الواطيء بنصفه لأنه وطئ بجارية مشتركة بينهما ، فإن حبلى منه صارت أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو معسراً إلا أنه إن كان موسراً أداه في الحال ، وإن كان معسراً فهو في ذمته .

هذا ظاهر كلام الحرقى ، ذكر مثل هذا في باب العتق ، فعلى هذا تصير أم ولد

للواطىء ومكاتبته له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقى من كتابتها وتعتبر قيمتها بما تساوى مكاتبته مبقاة على ما بقى عليها من كتابتها .

واختار القاضى أنه ان كان معسراً لم يسر الاحبال لانه بمنزلة الإعتاق بالقول يعتبر اليسار فى سرايته ونصيب الواطىء قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له الا حكم الكتابة ، فان أدت اليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاد ، وان عجزت وفسخا الكتابة ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها فن لا يقوم على الوارث ، وان كان موسراً لانه ليس بعتق .

وان مات الواطىء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقي مكاتباً ، وان كان الواطىء موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها الآخر موقوف ، فان أدت اليهما عتقت كلها وولاؤها لهما ، وان عجزت وفسخا الكتابة قومناها جينئذ على الواطىء فيدفع الى شريكه قيمة نصيبه وتصير جميعها أم ولد له فان مات عتقت عليه وكان ولاؤها له ، وهذا مذهب السافعى .

وله قول آخر أنها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة فى نصف الشريك وتصير جميعها أم ولد نصفها مكاتباً للواطىء ، فان أدت نصيبه اليه عتقت وسرى الى الباقي لانه ملكه وعتق جميعها ، وان عجزت ففسخ الكتابة كانت أم ولد له خاصة فاذا مات عتقت كلها .

ولنا أن بعضها أم ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسراً ، يحقق هذا أن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطىء ونسبه لاحق به فيجب أن يثبت ذلك لجميعها ، ويفارق الاعتاق فانه أضعف على ما بينا من قبل .

ولنا على أن الكتابة لا تبطل بالتقويم أنها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه ، كما لو استولدها وهى فى ملكه ، وكما لو لم تحبل منه ، فأما الولد فانه حر لانه من وطء فيه شبهة ونسبه لاحق به كذلك ، ولا يلزمه قيمته لانها وضعت فى ملكه .

وروى عن أحمد فى هذا روايتان . احدهما : لا تجب قيمته لابن نصيب شريكه انتقل اليه من حين العلوق وفى تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمه .

والثانية : عليه نصف قيمته لانه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكا لشريكه فقد تلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته

وقال القاضي : هذه الرواية أصح على المذهب ، وذكر هاتين الروايتين أبو بكر ، واختار إنها إن وضعت بعد التقويم فلا شيء على الواطيء وإن وضعت قبل التقويم غرم نصف قيمته ، فإن ادعى الواطيء الاستبراء وأنت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد وكان حكم ولدها حكما . وإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به ، كما لو كان قبل الاستبراء ، لأنها تبينا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء ، فلم يكن ذلك استبراء .

(فصل) وإن وطئها جميعا فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها ، فإن كانت في الحالين على صفة واحدة فهما سواء في الواجب عليهما ، وإن كانت بكرأ حين وطئها الأول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب فإن كان نجمها لم يحل فلها مطالبتهم بالمهرين ، وإن كان النجم قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ما ذكرنا في المقاصة ، فإن أدت اليهما عتقت وكان لهما المطالبة بالمهرين ، وإن عجزت عن نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء لأنها قبضتهما وهي مستحقة لذلك ، فإن كانا في يدها اقتسماهما وإن تلفا أو بعضهما فلا شيء لهما لأن السيد لا يثبت له دين على مملوكه ، وإن كان الفسخ قبل قبض المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ما عليه ، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر تقاص منهما بقدر أقلهما على الآخر بنصف الزيادة ، وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ما عليه ، وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر ، أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الأكثر على الآخر بنصف الزيادة التي أداها ، وإن أفضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها ، لأن الانضاء في الحرية يوجب ثلث ديتها فوجب في الامة ثلث قيمتها مع المهر

(فصل) ويحتمل أن يلزمه في الإفضاء قدر نقصها ، وقال القاضي : تلزمه قيمتها وهو مذهب الشافعي ، والخلاف في ذلك فرع على الواجب في إفضاء الحرية

وقد ذكرناه ، فإن فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الآخر بنصف قيمة
الافضاء على الخلاف الذى ذكرناه . وان ادعى كل واحد منهما على الآخر أنه
الذى أفضاها أو وطئها حلف كل واحد منهما وبرى ، وإن نكل أحدهما قضى
عليه وإن كان الخلاف فى ذلك قبل عجزها فادعت على أحدهما فالقول قوله مع
يمينه . وإن ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى

(فصل) فإن أولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما فعلى قول
الحرقى تصير أم ولد له وولده حر لاحق النسب به ، والخلاف فى ذلك كالخلاف
فيها إذا انفرد بإيلادها سواء .

وأما الثانى فعلى قول الحرقى قد وطئ أم ولد غيره بشبهة وأولدها فلا تصير
أم ولد له لأنها مملوكة غيره فأشبهه مالوباعها ثم أولدها وعليه مهرها لها لان الكتابة
لم تبطل والولد حر لانه من وطئ شبهة وعليه قيمته الأول لانه فوت رقه عليه
فكان من سيده أن يكون رقيقا له حكمه حكم أمه فتلزمه قيمته على هذه الصفة وقد
ذكرنا فى وجوب نصف قيمة الأول خلافا .

فإن قلنا بوجوبها تقاصا بما لكل واحد منهما على صاحبه فى القدر الذى تساويا
فيه ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة لأنها أول حال أمكن
التقويم فيها . وذكر القاضى فى هذه المسألة أربعة أحوال

أحدها : أن يكونا موسرين فالحكم على ما ذكرنا ، إلا أنه جعل المهر الواجب
على الثانى للأول . وهذا مذهب الشافعى ولا يصح لان الكتابة لا تبطل
بالاستيلاد ، ومهر المكاتبة لها دون سيدها ، ولأن سيدها لو وطئها لوجب عليه
المهر لها ، فلأن لا يملك المهر الواجب على غيره أولى ، ولانه عوض نفقها فكان
لها كاجرتها .

الثانى . أن يكون الأول موسرا والثانى معسرا فيكون كالحال الذى قبله
سواء ، قال القاضى : إلا أن ولده يكون مملوكا لإعساره بقيمته ، وهذا غير صحيح
لان الولد لا يرق لإعسار والده بدليل ولد المغرور من أمة ، والوطء بشبهة وكل
موضع حكمنا بحرية الولد لا يختلف بإعسار واليسار ، وإنما يعتبر اليسار فى

سراية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية إذا هو لاجل الشبهة في الوطاء فلا وجه لاعتبار اليسار فيه والصحيح أنه حر وتجب قيمته في ذمة أبيه

الحال الثالث : أن يكونا معسرين فانها تصير أم ولد لهما جميعا نصفها أم ولد للأول ونصفها أم ولد للثاني ، قال وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه وفي ولد كل واحد منهما وجهان . أحدهما أن يكون كله حرأ وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه :

والثاني : نصفه حر وباقيه عبد لشريكه إلا أن نصف ولد الأول عبد قن لانه تابع للنصف الباقي من الام ، وأما النصف الباقي من ولد الثاني فحكمه حكم أمه لانه ولد منها بعد أن ثبت انصفها حكم الاستيلاد للأول فكان نصفه الرقيق تابعا لها في ذلك ، ولعل القاضي أراد ما اذا عجزت وفسخت الكتابة ، فأما اذا كانت باقية على الكتابة فان لها المهر كاملا على كل واحد منهما ، وإذا حكم برق نصف ولدها وجب أن يكون له حكمها في الكتابة ، لان ولد المكاتبه يكون تابعا لها .

الحال الرابع : أن يكون الاول معسراً والثاني موسراً فحكمه حكم الثالث سواء الا أن ولد الثاني حر لان الحرية ثبتت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى الى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الام لان نصفها أم ولد للأول ، ولو صح هذا لوجب أن لا يقوم عليه نصف الولد لان حكمه حكم أمه في هذا فاذا منع حكم الاستيلاد السراية في الام منعه فيها هو تابع لها ، ومذهب الشافعي في هذه المسألة قريب مما ذكر القاضي .

(فصل)

وان اختلفا في السابق منهما فادعى كل واحد منهما أنه السابق فعلى قولنا لها المهر على كل واحد منهما ، وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية لانه يقول صارت أم ولد لي باحبالي إياها ووجب لشريكي على نصف قيمتها ولي عليه قيمة ولده لانه يقول : أولدتها بعد أن صارت أم ولد لي ، وهل يكون مقرأ له بنصف قيمة ولده ؟ على وجهين سبق ذكرهما ، فعلى هذا ان استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصا وتساقطا ولا يمين لواحد منهما على صاحبه لانه

يقول لي عليك مثل ما لك على والجنس واحد فتساقطا وإن زاد ما يقر به فلا شيء عليه لأن خصمه يكذبه في إقراره ، وإن زاد ما يدعيه فله اليمين على صاحبه في الزيادة ، ويثبت للأمة حكم العتق في نصيب كل واحد منهما بموته لإقراره بذلك ، ولا يقبل قوله على شريكه في إعتاق نصيبه .

وقال أبو بكر في الامة قولان . أحدهما يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له . والثاني تكون أم ولد لهما ولا يطؤها واحد منها . قال وبالأول أقول ، وأما القاضي فاختار أنهما إن كانا موسرين فكل واحد منهما يدعى المهر على صاحبه ويقر له بنصفه ، وهذا مذهب الشافعي لأن المهر عندهم أسيدها دونها ولا يعتق شيء منها بموت الأول لاحتمال أن تكون أم ولد الآخر ، وأما اذا مات الآخر عتقت لأن سيدها قد مات يقينا ، وإن كانا معسرين فكل واحد منهما مقر بأن نصفها أم ولده ، ويصدق الآخر لأن الاستيلاد لا يسرى مع الاعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصدق فيتقاصان إن تساويا ، وإن فضل أحدهما صاحبه نظرت فإن كان كل واحد منهما يدعى الفضل تحالفا وسقط وإن كان كل واحد منهما يقر للآخر بالفضل سقط لكذب المقر له به . وفي الولد وجهان :

أحدهما يكون حراً فيكون كل واحد منهما يدعى على الآخر نصف قيمة الولد والوجه الثاني نصفه حر ، فيقر بأن نصف الولد مملوك لشريكه ، فيكون الوالدان بينهما من غير يمين . وعلى الوجه الأول يتقاصان إن تساوت قيمة الولدين ، ولا يمين في الموضعين ، فأيهما مات عتق نصيبه وولأوه له ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر يقر للمعسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد ونصف مهرها ويدعى عليه جميع المهر وقيمة الولد ؛ والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدق فيه ويتقاصان بالمهر لاستوائهما فيه ويدفع المعسر إلى الموسر نصف قيمة الولد لإقراره به ، ويخالف على ما يدعيه عليه من الزيادة لأنه ادعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ، ويخالف له الموسر على نصف قيمة الولد الذي ادعاه المعسر عليه .

فأما الجارية فإن نصيب المוסر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيها
يثنان عليه فإن مات المוסر أولا عتق نصيبه وولأوه لورثته فإذا مات المוסر عتق
باقيها وإن مات الموسر أولا لم يعتق منها شيء فإذا مات الموسر عتق جميعها ويحیی
على قول أبي بكر أن يقرع بينهما في النصف المختلف فيه .

(فصل)

فإن وطئها معاً فانت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام :
أحدها : أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما ، مثل أن تأتي به بعد استبرائها
منها أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما ، أو قبل مضي ستة أشهر منذ
وطئها كل واحد منهما فإن الولد منفي عنهما وهو مملوك لهما حكمه حكم أمه في العتق
بأدائها . وإذا ادعى كل واحد منهما الاستبراء قبل منه لأن دعوى الاستبراء في
الامة كاللعان في الحرة .

القسم الثاني : أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه فالحكم فيه كالحكم فيما
إذا ولدت من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع
الخلاف في ذلك . وأما الذي لم تحبل من وطئه فإن كان الأول فعليه المهر لها
وان كان هو الثاني فقد وطئ أم ولد غيره ، فإن كانت الكتابة باقية فعليه المهر
لها أيضا ، وإن كانت الكتابة قد فسخت فالمهر للذي استوادها وقد وجب للثاني
على الأول نصف قيمتها ، وفي قيمة نصف الولد روايتان ، فإن كان المهر الأول
تقاصا بقدر أقل الحقين ، وإن كان المهر لها رجع بحقه على الذي أحبلها . وأما
القاضي فقال في هذا القسم : الحكم في الأول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على
ما مضى من التفصيل والتطويل .

وأما الثاني فإن وطئها بعد ولادتها من الأول نظرنا فإن وطئها بعد الحكم
بكونها أم ولد للأول فعليه مهر مثلها فإن فسخ الكتابة في حق نفسه لعجزها
فالمهر له لأنها أم ولده ، وإن كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها نصفين ، وإن وطئها
بعد زوال الكتابة في حقه وقبل الحكم بأنها أم ولد للأول سقط عنه نصف
مهرها لأن نصفها قن له وعليه النصف لها إن لم يكن الأول فسخ الكتابة أو له

إن كان فسخ ، وإن كان الاول معسرا فنصيبه منها أم ولد له ولها عليهما المهران والحكم فيها إذا عجزت أو أدت قد تقدم ، فأما إن كان الولد من الثاني فالحكم في وطء الاول كالحكم فيه إذا وطئ منفرداً فلم يجلبها .

وأما الثاني فإن كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه عند العجز ، فإن فسخا الكتابة قومناها عليه وصارت أم ولد له ، وإن رضى الثاني بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب الاول وصارت كلها أم ولد له ونصفها مكاتب ، ويرجع الاول على الثاني بنصف المهر ونصف قيمة الولد على إحدى الروايتين ويرجع الثاني على الاول بنصف المهر فيتقاصان به إن كان باقيا عليهما ، وإن كان الثاني معسرا فالحكم فيه كما لو ولدت من الاول وكان معسرا لا فضل بين المسألتين .

القسم الثالث: أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما فانه يرى القافة معهما فيلحق بمن الحقوق به منهما فمن ألحق به فحكمه حكم ما لو عرف أنه منه بغير قافة

« مسألة ، قال (وإذا كاتب نصف عبد فادى ما كوتب عليه ومثله لسيده صار حراً بالكتابة إن كان الذى كاتبه معسراً ، وإن كان موسراً عتق عليه كله وصار نصف قيمته على الذى كاتبه لشريكه)

وجملته أن الرجل إذا كان له نصف عبد كانت له مكاتبته وتصح منه ، سواء كان باقية حراً أو مملوكاً لغيره ، وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن ، هذا ظاهر كلام الخرقى وأبى بكر وقول الحكم وابن أبى ليلى . وحكى ذلك عن الحسن البصرى والحسن بن صالح ومالك والعمبرى وكرة الثورى وحامد كتابته بغير إذن شريكه .

وقال الثورى : إن فعل رددته إلا أن يكون نقده فيضمن لشريكه نصف ما فى يده ، وقال أبو حنيفة : تصح باذن الشريك ولا تصح بغير اذنه ، وهذا أحد قولى الشافعى إلا أن أبا حنيفة قال اذنه فيها مضى فى ذلك يقتضى الاذن فى تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الاذن بشيء منه ، وقال أبو يوسف ومحمد : يكون جميعه مكاتباً

وقال الشافعى فى أحد قوليهِ إن كان باقية حراً صححت كتابته ، وإن كان باقية

ملكاً لم تصح كتابته ، سواء أذن فيه الشريك أم لم يأذن لان كتابته تقتضى اطلاقه في رد الكسب والمسافرة وملك نصفه يمنع ذلك ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسباً له ويستحق سيده نصفه ، ولانه اذا أدى عتق جميعه فيؤدي الى أن يؤدي نصف كتابته ويعتق جميعه

ولنا أنه عقد معاوضة على نصفه فصح كبيعته ، ولانه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ، ولانه ينفذ اعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل وكما لو كان باقية حراً عند الشافعي أو أذن فيه الشريك عند الباقيين

وقولهم انه يقتضى المسافرة والكسب وأخذ الصدقة ، قلنا أما المسافرة فليست من المقتضيات الاصلية فوجود مانع منها لا يمنع أصل العقد ، وأما الكسب وأخذ الصدقة فإنه لا يمنع كسبه وأخذه الصدقة بجزئه بالمكاتبة ولا يستحق الشريك شيئاً منه لانه انما استحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه فكذلك فيما حصل به ، كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر ، وأما الكسب فان هاباه مالك نصفه فكسب في نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً ، وان لم يهايته فكسب بجملة شيئاً كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقي لانه كسبه بجزئه المملوك فيه فأشبه ما لو كسب قبل كتابته فيقسم بين سيديه

وقولهم انه يفضى الى أن يؤدي بعض الكتابة فيعتق جميعه ، قلنا يبطل هذا بما لو علق عتق نصيبه على أداء مال فانه يؤدي عوض البعض ويعتق الجميع ، على أننا نقول لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة ، فان جميع الكتابة هو الذي كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شيء فلا يعتق حتى يؤدي جميعها ، ولانه لا يعتق الجميع بالأداء وانما يعتق الجزء المكاتب لا غير وباقيه ان كان المكاتب موسراً لم يعتق وان كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمنع هذا ، كما لو أعتق بعضه عتق جميعه ، فاذا جاز جميعه باعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجري مجرى العتق .

اذا ثبت هذا فانه اذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتعد الجزء الذي كاتبه لان الكتابة عقد معاوضة فلم يسر كالبيع ، وليس للعبد أن يؤدي الى مكاتبه

شيئا حتى يؤدي الى شريكه مثله ، سواء أذن الشريك في كتابته أو لم يأذن ، لأنه إنما أذن في كتابة نصيبه ، وذلك يقتضي أن يكون نصيبه باقيا له ولا يقتضي أن يكون معروفا في الكتابة ، هذا إذا كان الكسب بجميعة ، فإن أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق لأن الكتابة الصحيحة تقتضي العتق ببراءته من العوض ، وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له ، وإن أدى اليهما جميعا عتق كله لأن نصفه يعتق بالأداء فإذا عتق سري الى سائرته ، وإن كان الذي كاتبه موسرا لأن عتقه بسبب من جهته فلزمت قيمته كالأمر بالعتق ، أو كالأمر بعتق نصيبه على صفة فعتق بها ويرجع الشريك على المكاتب بنصف قيمته كالأمر بالعتق .

فأما إن ملك العبد شيئا بجزءه المكاتب مثل أن هياه سيده فكسب شيئا في نوبته أو أعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره فلا حق لسيده فيه وله أداء جميعه في كتابته ، لأنه إنما استحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبه النصف الباقي بعد إعطاء الشريك حقه ، فلو كان ثلثه حرا وثلثه مكاتبا وثلثه رقيقا فورث بجزءه الحر ميراثا وأخذ بجزءه المكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله في كتابته لأنه ما استحق بجزءه الرقيق شيئا منه فلا يستحق ماله منه شيئا ، وإذا أدى جميع كتابته عتق ، فإذا كان الذي كاتبه معسرا لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما إذا واجهه بالعتق إلا على الرواية التي نقول فيها بالاستسعاء فإنه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب ، وإن كان موسرا سري الى باقيه .

فصل

وإذا كان العبد كله ملكا لرجل فكاتب بعضه جاز ، قاله أبو بكر لأنها معاوضة فصحت في بعضه كالبيع ؛ فإذا أدى جميع كتابته عتق كله لأنه إذا سري العتق فيه الى ملك غيره ، فالملك أولى ، ويجب أن يؤدي الى سيده مثل كتابته لأن نصف ما يكسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ونصفه يؤدي في الكتابة إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع في الكتابة فيصح ، وإذا استوفى المالك كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية .

(فصل) وإذا كان العبد لرجلين فكاتباه معا جاز سواء تساويا في العوض

أو اختلفا فيه ؛ وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلف ، وسواء كان في عقد واحد أو عقدين ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : لا يجوز أن يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك ، ولأن التساوي في المال منغ التفاضل في الملك لأن ذلك يؤدي إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر ، لأنه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك .

ولنا أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز أن يختلفا في العوض كالبيع ، وما ذكروه لا يلزم لأن انتفاع أحدهما بمال الآخر إنما يكون عند العجز وليس ذلك من مقتضيات العقد ، وإنما يكون عند زواله فلا يضر ، ولأنه إنما يؤدي إليهما على التساوي ، وإذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين فلم يكن أحدهما منتفعا إلا بما يقابل ملكه وعاد الأمر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق كأنه لم يزل .

فإن قيل : فالتساوي في الملك يقتضي التساوي في أداؤه إليهما ويلزم منه وفاة كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسرى إلى نصيب صاحبه ويرجع عليه الآخر بنصف قيمته .

قلنا : يمكن أداء كتابته إليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ويمكن أن يكاتب أحدهما على مائة في نجمين في كل نجم خمسون ويكاتب الآخر على مائتين في نجمين في النجم الأول خمسون . وفي الثاني مائة وخمسون ويكون وقتها واحد فيؤدي إلى كل واحد منهما حقه

على أن أصحابنا قالوا ، لا يسرى العتق إلى نصيب الآخر مادام مكاتبا ، فعلى هذا القول لا يفضى إلى ما ذكروه ، على أنه وإن قدر إفضاؤه إليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فإنه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ، ويمكن وجود سرية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلي قيمته ، فإذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم له باقي المال وحصل له ولاء العبد ؛ ولا ضرر في هذا ، ثم لو كان فيه ضرر لسكن رضى به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه ، والضرر المرضى به

من جهة المضرور لا عبرة به كآلو باشره بالعتق أو أبرأه من مال الكتابة فإنه يعتق عليه ويسرى عتقه ويغرم لشريكه وهو جائز فهذا أولى بالجواز ، ولا يجوز أن يختلفا في التنجيم ولا في أن يكون لاحدهما في النجوم قبل النجم الآخر أكثر من الآخر في أحد الوجهين ، لأنه لا يجوز أن يؤدي إليهما إلا على السواء ، ولا يجوز تقديم أحدهما بالآداء على الآخر واختلافهما في ميقات النجوم ، وقدر المؤدى فيهما يفضى الى ذلك .

والثاني : يجوز لأنه يمكن أن يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطى من قل نجمه أكثر من الواجب له ، ويمكن أن يأذن له أحدهما في الدفع الى الآخر قبله أو أكثر منه ، ويمكن أن ينظره من حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه ، وإذا أمكن إفضاء العقد الى مقصوده فلا يبطله باحتمال عدم الإفضاء اليه

(فصل)

وليس للكاتب أن يؤدي الى أحدهما أكثر من الآخر ولا يقدم أحدهما على الآخر ، ذكره القاضى وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ، ولا أعلم فيه خلافا ، لأنهما سواء فيه فيستويان في كسبه وحقوقهما متعلق بما في يده تعلقا واحدا فلم يكن له أن يخص أحدهما بشيء منه دون الآخر ، ولأنه ربما عجز فيعود الى الرق ويتساويان في كسبه فيرجع أحدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة ، فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئا لم يصح القبض ، وللآخر أن يأخذ من حصته إذا لم يكن أذن في القبض ، وإن أذن فيه فقيه وجهان ، ذكرهما أبو بكر .

أحدهما : يصح ، لأن المنع لحقه فجاز بإذنه ، كآلو أذن المرتب للراهن في التصرف فيه ، أو أذن البائع المشتري في قبض البيع قبل توفية ثمنه ، أو أدنا للمكاتب في التبرع ، ولأنهما لو أدنا له في الصدقة بشيء صح قبض المتصدق عليه له كذلك هنا .

والثاني : لا يجوز ، وهذا اختيار أبى بكر ، ومذهب أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى واختيار المزنى ، لأن ما في يد المكاتب ملك له فلا يتفد إذن غيره فيه وإنما حق سيده في ذمته ، والاول أصح إن شاء الله تعالى ، لأن الحق لهم لا يخرج

عنهم فاذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع ، وقولهم : إنه ملك للمكاتب تعليق على العلة ضد ما تقتضيه لأن كونه ملكاً له يقتضى جواز تصرفه فيه على حسب اختياره وإنما المنع لتعلق حق سيده به ، فاذا أذن زال المانع فصح التقيض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ، ثم يبطل لما ذكرنا من المسائل .

فعلى هذا الوجه إذا دفع إلى أحدهما مال الكتابة بأذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لأنه استوفى حقه ، ويسرى العتق إلى باقيه وعليه قيمة حصته شريكه لأن عتقه بسببه ، هذا قول الخرقي ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتباً مبقى على ما بقي عليه من كتابته وولأؤه كله له وما في يده من المال الذي لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه ، لأن نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية ، لخصه ما عتق بالكتابة للعبد وحصته ما عتق بالسراية لسيده ، وعلى ما اخترناه يكون الباقي كله للعبد لأن الكسب كان ملكاً له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالأداء .

وقال أبو بكر والقاضي . لا يسرى العتق في الحال وإنما يسرى عند عجزه ، فعلى قولهما يكون باقياً على الكتابة فإن أدى إلى الآخر عتق عليهما ولأؤه لهما وما بقي في يده من كسبه فهو له ، وإن عجز وفسخت كتابته قوم على الذي أدى إليه وكان ولأؤه جميعه له وتنسخ الكتابة في نصفه ، وإن مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق ولسيده الذي لم يعتق نصيبه أن يأخذ مما خلفه ، مثل ما أخذه شريكه من مال الكتابة ، وله نصف ما يبقى والباقي لورثة العبد ، فإن لم يكن له وارث من نسبه فهو للذي أدى إليه بالولاء .

وان قلنا : لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب لأنه لم يستوف عوضه ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه عما قبضه كما لو قبضه بغير إذنه سواء ، وإن لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب إليه كتابته صح وعتق عليهما جميعاً .

وإن مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه فقد مات عبداً ويستوفى الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذه صاحبه والباقي بينهما .

قال أحمد في رواية ابن منصور في عبد بين رجلين كاتباه فأدى إلى أحدهما كتابته ثم مات وهو يسمى للآخر لمن ميراثه ؟ قال أحمد : كلما كسب العبد في كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الآخر بنصيبه عما أخذ وميراثه بينهما ، وقال ابن منصور : قال اسحاق بن راهوية كما قال .

فصل

وان عجز مكاتبيهما فلهما الفسخ والإمضاء ، فإن فسخا جميعاً أو أمضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه ، وان فسخ أحدهما وأمضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقاً قنأ ونصفه مكاتبا .

وقال القاضي : تنفسخ الكتابة في جميعه ، وهو مذهب الشافعي لأن الكتابة لو بقيت في نصفه لمعاد ملك الذي فسخ الكتابة إليه ناقصا .

ولنا أنها كتابة في ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الآخر كما لو انفرد بكتابتها ولأنهما عقدان مفردان فلم يفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع ، وما حصل من النقص لا يمنع لانه إنما حصل ضمناً لتصرف الشريك في نصيبه فلم يمنع كإعتاق الشريك ولأن من أصلنا أنه تصح كتابة أحدهما نصيبه ، فإذا لم يمنع العقد في ابتدائه فلأن يبطل في دوامه أولى ، ولأن ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزول بفسخ غيره ، ولأن في فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده ، وليس دفع الضرر عن الشريك الذي فسخ بأولى من دفع الضرر عن الذي لم يفسخ ، بل دفع الضرر عن الذي لم يفسخ أولى لوجوه ثلاثة .

أحدها : أن ضرر الذي فسخ حصل ضمناً لبقاء عقد شريكه في ملك نفسه ، وضرر شريكه يزول عقده وفسخ تصرفه في ملكه .

والثاني : أن ضرر الذي فسخ لم يعتبره الشرع في موضع ، ولا أصل لما ذكره من الحكم ، ولا يعرف له نظير فيه كون بمنزلة المصلحة المرسلة التي وقع الإجماع على إطراحها وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقود من بيعه وهبته ورهنه وغير ذلك فيكون أولى .

الثالث : أن ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر

الفسخ لا يتعداه ، ثم لو قدر تساوى الضررين لوجب إبقاء الحكم على ما كان عليه ولا يجوز إحداث الفسخ من غير دليل راجح .

« مسألة ، قال (وإذا عتق المكاتب استقبل بما في يده من المال حولا ثم زكاه إن كان نصاباً)

وجملته أن المكاتب لا زكاة عليه بلا خلاف نعله ، فإذا عتق صار من أهل الزكاة حينئذ فيبتدىء حول الزكاة من يوم عتق ، فإذا تم الحول وجبت الزكاة إن كان نصاباً ، وإن لم يكن نصاباً فلا شيء فيه ويصير هذا كالكافر إذا أسلم وفي يده مال زكوى يبلغ نصاباً فإنه يستقبل به حولا من حين أسلم لأنه صار حينئذ من أهل الزكاة ، وكذلك العبد إذا عتق وفي يده مال أبقاه له سيده .

« مسألة ، قال (وإذا لم يؤد نجما حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب وعاد عبداً غير مكاتب)

وجملته أن الكتابة عقد لازم لا يملك السيد فسخها قبل عجز المكاتب بغير خلاف نعله ، وليس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم ، لأنه إنما ثبت في العقد مؤجلا ، وإذا حل النجم فالسيد مطالبة بما حل من نجومه لأنه دين له حل فأشبه دينه على الأجني وله الصبر عليه وتأخير به ، سواء كان قادراً على الأداء أو عاجزاً عنه لأنه حق له سمح بتأخير أشبه دينه على الأجني ، فإن اختار الصبر عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعله :

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المكاتب إذا حل عليه نجم أو نجمان أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبة وتركه بحاله أن الكتابة لا تنفسخ ما دام ثابتين على العقد الأول ، فإن أجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل كالقرض ، وإن حل عليه نجمان فعجز عنهما فاختار السيد فسخ كتابته ورده إلى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا تلزمه الاستنابة ، فعل ذلك ابن عمر ، وهو قول شريح والنخعي وأبي حنيفة والشافعي . وقال ابن أبي ليلى : لا يكون عجزه إلا عند قاض .

وحكى نحو هذا عن مالك ، وقال الحسن : اذا عجز استوثى بعد العجز سنين ،
وقال الاوزاعي شهرين ونحو ذلك .

ولنا ما روى سعيد بإسناده عن ابن عمر أنه كاتب غلاما له على ألف دينار
فأدى اليه تسعمائة دينار وعجزه عن مائة دينار فردّه الى الرق وبإسناده عن عطية
العرقي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفا فأدى عشرة آلاف ثم أتاه
فقال انى قد طفت العراوى والحجاز فردنى فى الرق فردّه

وروى عنه أنه كاتب عبداً له على ثلاثين ألفا فقال له أنا عاجز ، فقال له امح
كتابتك ، فقال امح أنت ؛ وروى سعيد بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن
جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب فقال : أيما رجل كاتب غلامه على
مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق ، ولأنه عقد عجز عن عوضه فذلك
مستحقه فسخه كالسلم اذا تعذر المسلم فيه ، ولأنه فسخ عقد بجمع عليه فلم يفتقر الى
الحاكم كفسخ المعتقة تحت العبد .

فان قيل فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد ؟
قلنا هي لازمة من جهة الطرفين ولا يملك العبد فسخها بحال ، وانما له أن يعجز
نفسه ويمتنع من الكسب ، وانما كان له ذلك لوجهين .

أحدهما أن الكتابة تتضمن اعتاقا بصفة ، ومن علق عتق عبده بصفة لم يملك
ابطالها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الإتيان بالصفة ولا يجبر عليها
الثانى : أن الكتابة لحظ العبد دون سيده ، وكان العقد لازما لمن ألزم نفسه حفظ
غيره ، وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئا أو كفل له أو رهن عنده رهنا

(فصل)

فأما ان حل نجم واحد فعجز عن أدائه فظاهر كلام الخرقى أنه ليس للسيد
الفسخ حتى يحل نجمان قبل أدائهما ، وهى احدى الروايتين عن أحمد ، قال القاضى
وهو ظاهر كلام أصحابنا ، وروى ذلك عن على رضى الله عنه ؛ وهو قول الحكم
وابن أبى ليلى وأبى يوسف والحسن بن صالح :

وقال ابن أبى موسى : وروى عن أحمد أنه لا يعود رقيقا حتى يقول قد
عجزت ، وقبل عنه اذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد الى الرق واتبع بما بقى .

والرواية الثانية : أنه إذا عجز عن نجم واحد فليسيده فسخ الكتابة ، وهو قول الحارث العكلي وأبي حنيفة والشافعي لأن السيد دخل على أن يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع إليه المال في نجومه فإذا لم يسلم له لم يلزمه عتقه ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، ولأنه عجز عن أداء النجم في وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الأخير .

ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : لا يرد المكاتب في الرق حتى يتوالى عليه نجهان ، ولأن ما بين النجمين محل لأداء الأول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثاني .

(فصل) وإذا حل النجم وماله حاضر عنده طوب بأدائه ولم يجز الفسخ قبل الطلب كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب ، فإن طلب منه فذكر أنه غائب عن المجلس في ناحية من نواحي البلد أو قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة يمكن إحضاره قريباً لم يجز فسخ الكتابة وأمهل بقدر ما يأتي به إذا طلب الامهال ، لأن هذا يسير لا ضرر فيه ، وإن كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الامهال ليبيعه بجنس مال الكتابة ، أمهل ، وإن كان المال غائباً أكثر من مسافة القصر لم يلزم الامهال ، وهذا قول الشافعي .

وقال أبو حنيفة : إن كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استثنى يومين وثلاثة لا أزيد على ذلك لأن الثلاثة آخر حد القلة والقرب لما بيناه فيما مضى وما زاد عليها في حد الكثرة ، وهذا كله قريب بعضها من بعض

فأما إذا كان قادراً على الأداء واجداً لما يؤديه فامتنع من أدائه وقال قد عجزت فقال الشريف أبو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين . يملك السيد فسخ الكتابة وهو ظاهر كلام الخرقى لقوله : إذا حل نجم فلم يؤده حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب ، فعلق جواز الفسخ على عدم الأداء . وهذا مذهب الشافعي .

وقال أبو بكر بن جعفر : ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض ، وهو قول أبي حنيفة ومالك والاوزاعي ، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم .

فأما إن كان قادرا على أداء المال كله ففيه رواية أخرى أنه يصير حراً بملك ما يؤدى وقد سبق ذكرها .

(فصل) وإذا حل النجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده فله الفسخ ، وإن كان سافر بإذنه لم يكن له أن يفسخ لأنه إذن في السفر المانع من الأداء ، ولكن يرفع أمره إلى الحاكم ويثبت عنده حلول مال الكتابة ليكتب الحاكم إلى المكاتب فيعلم بما ثبت عنده ، فإن كان عاجزاً عن أداء المال كتب بذلك إلى الحاكم المكاتب ليجعل للسيد فسخ الكتابة ، وإن كان قادراً على الأداء طالبه بالخروج إلى البلد الذى فيه السيد ليؤدى مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك ، فإن فعله في أول حال الإمكان عند خروج القافلة إن كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ ، وإن أخره عن حال الإمكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ ، فإن وكل السيد في بلد المكاتب من يقبض منه مال الكتابة لزمه الدفع إليه ، فإن امتنع من الدفع ثبت للسيد خيار الفسخ ، وإن كان قد جعل لوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع إليه جاز وله الفسخ إذا ثبتت وكالته بيينة بحيث يأمن المكاتب إنكار السيد وكالته ، وإن لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع إليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ لأنه لا يأمن أن يسلم إليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال ، وسواء صدقه في أنه وكيل أو كذبه .

وإن كتب حاكم البلد الذى فيه السيد إلى حاكم البلد الذى فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك لأن هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه ، فإن الحاكم لا يكاف القبض للبالغ الرشيد ، فإن اختار القبض جرى مجرى الوكيل ، ومتى قبض منه المال عتق .

(فصل) قال وإذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقاً تبين أنه لم يعتق وكان هذا الدفع كعدمه لأنه لم يؤد الواجب عليه ، وقيل له إن أدت الآن والا فسخت كتابتك ، وإن كان قد مات بعد الأداء فقد مات عبداً ، فإن باع معيها مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها نظرت فإن كان قد رضى بذلك وأمسكها استقر العتق . فإن قيل كيف يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد ؟ فإن ما يقابل العيب لم يقبضه ، فأشبه ما لو كاتبه على

عشرة فأعطاه تسعة ، قلنا إمساكه المغيب راضيا به رضا منه بإسقاط حقه فجرى مجرى إبرائه من بقية كتابته ، وإن اختار إمساكه وأخذ أرش العيب أو رده فله ذلك . قال أبو بكر : وقياس قول أحمد رحمه الله أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الارش لأن العتق إتلاف واستهلاك فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع ولأنه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع .

وقال القاضي : يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لأن العتق إنما استقر باستقرار الأداء ، وقد ارتفع الأداء فارتفع العتق ، وهذا مذهب الشافعي ، لأن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع ، وإن اختار إمساكه وأخذ الارش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع ، ولأننا تبينا أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ذلك ، وظن وقوع العتق لا يوقعه إذا بان الأمر بخلافه كما لو بان العوض مستحقا ، وإن تلفت العين عند السيد أو حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب ، والحكم في ارتفاع العتق على ما ذكرناه فيما مضى ، ولو قال السيد لعبده : ان أعطيتني عبدا فأنت حر ، فأعطاه عبدا فبان حرا أو مستحقا لم يعتق بذلك ، لأن معناه ان أعطيتني ملكا ولم يعطه إياه ملكا ولم يملكه إياه .

فصل

وإذا دفع إليه مال الكتابة ظاهرا فقال له السيد أنت حر ثم بان العوض مستحقا لم يعتق بذلك لأن ظاهره الاخبار عما حصل له بالأداء ، ولو ادعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه لأن الظاهر معه وهو أخير بما نوى .

« مسألة » قال (وما قبض من نجوم كتابته استقبل بزكاته حولا)

وجملته أن ما يأخذه من نجوم كتابته : كالاستفاده بكسب أو غيره ، فيملكه بأخذه ويستقبل به حولا لأنه لا يملك ما في يده كاتبه ، ولهذا جرى الربا بينهما ولا زكاة عليه في الدين الذي على المكاتب لأن ملكه عليه غير تام فوجب أن يستقبل بما يأخذه منه حولا كما لو أخذه من أجنبي .

« مسألة ، قال (وإذا جنى المكاتب بدىء بجنايته قبل كتابته ، فإن عجز كان سيده مخيراً بين أن يقديه بقيمته إن كانت أقل من جنايته أو يسلمه)

وجملة ذلك أن المكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ويؤدى من المال الذى فى يده ، وبهذا قال الحسن والحكم وحماة والاوزاعى ومالك والحسن بن صالح والشافعى وأبو ثور .

وقال عطاء والنخعى وعمرو بن دينار : جنايته على سيده ، قال عطاء ويرجع سيده به عليه ، وقال الزهرى إذا قتل رجلاً خطأ كانت كتابته وولاؤه لولى المقتول إلا أن يقديه سيده .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يجنى جان إلا على نفسه » ولأنها جناية عبد فلم تجب فى ذمة سيده كالفن ، إذا ثبت هذا فإنه يبدأ بأداء الجناية قبل الكتابة سواء حل عليه نعيم أو لم يحل ، وهذا المنصوص عليه عن أحمد والمعمول به فى المذهب ، وذكر أبو بكر قولاً آخر أن السيد يشارك ولى الجناية فيضرب بقدر ما حل من نجوم كتابته لأنهما دينان فيتحصان كسائر الديون .

ولنا أن أرش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حق المالك وحق المرتين وغيرهما فوجب أن يقدم ههنا ، يحققه أن أرش جنايته مقدم على ملك السيد فى عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الأولى ، لأن المالك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ، ودين الكتابة غير مستقر ، فإذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى ، لأن أرش الجناية مستقر فيجب تقديمه على الكتابة التى ليست مستقرة .

إذا ثبت هذا : فإنه يقضى نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، لأنه إن كان أرش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنايته وهو أرشها ، وإن كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته لأنه لا يلزمه أكثر من بدل المحل الذى تعلق به الأرش ؛ فإن بدأ بدفع المال إلى ولى الجناية فوفى بما يلزمه من أرش الجناية وإلا باع الحاكم منه بما بقى من أرش الجناية وباقية باق على كتابته ، وإن اختار الفسخ فله ذلك ويعود عبداً غير مكاتب مشتركاً بين السيد وبين المشتري ،

فان أبقاه على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق الى باقيه ان كان المكاتب موسرا ويقوم عليه ، وان كان معسرا عتق منه ما عتق وباقيه رقيق ، وان لم يكن في يده مال ولم يف بالجناية الا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته ، وان بدأ بدفع المال الى سيده نظرنا فان كان ولي الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه الى الحاكم فلا يصح دفعه الى سيده ويرتجعه الحاكم ويدفعه الى ولي الجناية ، فان وفى والا كان الحكم فيه على ما ذكرنا من قبل وان لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه الى سيده لانه يقضى حقا عليه فجاز كما لو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه ، ثم ان كان ما دفعه اليه جميع مال الكتابة عتق ويكون الارش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق وهو أقل الامرين من قيمته أو أرش جنائته ، لانه لا يلزمه أكثر مما كان واجبا بالجناية وان أعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لانه أتلف محل الاستحقاق فكان عليه فداؤه ، كما لو قتله ، وان عجز ففسخ السيد كتابته فداؤه أيضا بما ذكرناه .

وقال أبو بكر فيما إذا فداه سيده قولان يعني روايتين . إحداهما : يفديه بأقل الامرين . والثانية : يفديه بأرش جنائته بالغة ما بلغت .

(فصل)

وإذا جنى المكاتب جنایات تعلقت برقبته واستوى الاول والاخر في الاستيفاء ولم يقدم الاول على الثاني لانها تعلقت بمحل واحد ، وكذا ان كان بعضها في حال كتابته وبعضها بعد تعجيله فهي سواء ويتعلق جميعها بالرقبة ، فان كان فيها ما يوجب القصاص فلولى الجناية استيفاءه وتبطل حقوق الآخرين ، وان عفا الى مال صار حكمه حكم الجناية الموجهة للبال ، فان أبراه بعضهم استوفى الباقيون لأن حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فاذا اجتمعوا تزاحموا فاذا أبراه بعضهم سقط حقه وتزاحم الباقيون ، كما لو انفردوا كما في الوصايا ، وان أدى وعتق فالضمان عليه ، وان أعتقه سيده فالضمان عليه ، وأيهما ضمن فالواجب عليه أقل الامرين كما ذكرنا في الجناية الواحدة ، ولانه لو عجزه الغرماء وعاد قنا بيع وتخاصوا في ثمنه كذلك همنا ، فأما ان عجزه سيده فعاد قنا خير بين فدائه وتسليمه ، فان اختار فدائه ففيه روايتان .

إحداهما : يفديه بأقل الأمرين كما لو أعتقه أو قتله .

والثانية . يلزمه أرش الجنايات كلها بالغة ما بلغت لأنه لو سلمه احتمال أن يرغب فيه راغب بأكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باختيار إمساكه فكان عليه جميع الأرش ، ويفارق ما إذا أعتقه أو قتله لأن المحل فيهما تلفت ماله فلم يمكن تسليمه ولم يجب أكثر من قيمته والمحل باق وههنا يمكن تسليمه وبيعه ، وإن أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو عتقه ففيه روايتان .

إحداهما : يفدى نفسه بأقل الأمرين .

والثاني : بأرش الجنايات بالغة ما بلغت لأن محل الأرش قائم غير تالف ، ويمكن تعجيز نفسه في كل جناية يباع فيها فأشبهه ماله وعجزه سيده .

فصل

وإن جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس فالسيد خصمه فيها فإن كانت موجبة للقصاص وجب كما يجب على عبده القن ، لأن القصاص يجب للزجر فيحتاج إليه العبد في حق سيده ، وإن عفا على مال أو كانت موجبة للمال ابتداء وجب له لأن المكاتب مع سيده كالأجنبي يصح أن يبايعه ويثبت له في ذمته المال والحقوق كذلك الجناية ويفدى نفسه بأقل الأمرين في إحدى الروايتين ، والآخرى يفديها بأرش الجناية بالغة ما بلغت ، فإن وفي مافي يده بما عليه فليسيدة مطالبتة به وأخذه ، وإن لم يف به فليسيدة تعجيزه ، فإذا عجزه وفسح الكتابة سقط عنه مال الكتابة وأرش الجناية لأنه عاد عبداً قنأ ولا يثبت للسيد على عبده القن مال ، وإن أعتقه سيده ولا مال في يده سقط الأرش لأنه كان متعلقاً برفقته وقد أتلها فسقط ، وإن كان في يده مال لم يسقط لأن الحق كان متعلقاً بالذمة وما في يده من المال ، فإذا تلفت الرقبة بقى الحق متعلقاً بالمال فاستوفى منه ، كما لو عتق بالآداء وهل يجب أقل الأمرين أو أرش الجناية كله ؟ على وجهين ، ويستحق السيد مطالبتة بأرش الجناية قبل أداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل في حق الأجنبي ، وإن اختار تأخير الأرش والبداية بقبض مال الكتابة جاز ، ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله .

وقال أبو بكر : لا يعتق بالآداء قبل أرش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة . ولنا أن الحقين جميعاً للسيد فإذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز ، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ، ولأنه لو بدأ بأداء الكتابة قبل أرش الجناية في حق الأجنبي عتق ففي حق السيد أولى ، ولأن أرش الجناية لا يلزم أدائه قبل اندمال الجرح فيمكن تقدم وجوب الأداء عليه :

فإذا ثبت هذا : فإنه إذا أدى عتق ويلزمه أرش الجناية ، سواء كان في يده مال أو لم يكن ، لأن عتقه بسبب من جهته فلم يسقط ما عليه بخلاف ما إذا أعتقه سيده فإنه أتلف محل حقه وههنا بخلافه ، وهل يلزمه أقل الأمرين أو جميع الأرش على وجهين .

وان كانت جنائته على نفس سيده فلورثته القصاص في العمد أو العفو على مال ، وفي الخطأ المال وفيما يفدى به نفسه روايتان ، وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه ، لأن الكتابة انتقلت إليهم والعبد لو عاد قنا لكان لهم ، وإن جنى على موروث سيده ، فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على ما مضى .

(فصل)

وان اجتمع على المكاتب أرش جناية وثن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفي يده مال ينفى بها فله أن يؤديها ويبدأ بما شاء منها كالحر ؛ وإن لم ينف بها مافي يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صرح كالحر ، وإن كان فيها مؤجل فجدله بغير إذن سيده لم يجز لأن تعجيله تبرع فلم يجز بغير إذن سيده كالمهبة ، وإن كان بأذن سيده جاز كالمهبة ، وإن كان التعجيل للسيد فقبوله بمنزلة إذنه ، وإن كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر إلى الحاكم وإنما يحجر عليه بسؤالهم ، فإن حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح لأن الحق لهم ولا يستوفى بغير إذنهم .

وإن سأل سيده الحجر عليه لم يجبه إلى ذلك ، لأن حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله ، فإذا حجر عليه بسؤال الغرماء فقال القاضي : عندي أنه يبدأ بقضاء

ثمن المبيع وعوض القرض يسوى بينهما ويقدمهما على أرش الجناية ومال الكتابة لان أرش الجناية محل الرقبة فاذا لم يحصل مما في يده استوفى من رقبته ، وهذا مذهب الشافعى ، واتفق أصحابنا والشافعى على تقديم أرش الجناية على مال الكتابة على ما مضى بيانه .

(فصل)

وإذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية توجب القصاص فله جنى عليه الخيار بين القصاص والمال ، فان اختار المال أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد أو إتلاف مال تعلق أرشها برقبته والمكاتب فداؤه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنائته لانه بمنزلة شرائه وليس له فداؤه بأكثر من قيمته كما لا يجوز له أن يشتريه بذلك الا أن يأذن فيه سيده ، فان كان الارش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه لانه تبرع بالزيادة ، وان زاد الارش على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه بأقل الامرين ؟ على روايتين .

(فصل) فان ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوى رحمه المحرم أو ولد له ولد من أمته لجنى جناية تعلق أرشها برقبته وللمكاتب فداؤه بغير إذن سيده كما يفدى غيره من عبيده .

وقال القاضى فى المجرد : ليس له فداؤه بغير إذنه وهو مذهب الشافعى ، لانه إتلاف لماله ، فان ذوى رحمه ليسوا بمال له ولا يتصرف فيهم فلم يحز له اخراج ماله فى مقابلتهم ولا أن شرائهم كالتبرع ، ويفارق العبد الاجنبى فانه ينتفع به وله صرفه فى كتابته فكان له فداؤه وشرائه ككسائر الاموال ، لكن ان كان لهذا الجانى كسب فدى منه ، وان لم يكن له كسب بيع فى الجناية ان استغرقت قيمته ، وان لم تستغرقها بيع بعضه فيما وما بقى للمكاتب .

وانا أنه عبد له جنى فملك فداؤه كسائر عبيده ، ولا نسلم أنه لا يملك شرائه ، وقولهم : لا يتصرف فيه ، قلنا : الا أن كسبه له ، وان عجزه المكاتب صار رقيقا معه لسيدته ، وان أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعنتهم وانتفع بهم المكاتب واذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب أن لا يمنع منه وفارق التبرع فانه يفوت المال على السيد .

فإن قيل بل فيه مضرة وهو منعه من أداء الكتابة فإنه إذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه في الكتابة عجز عنها . قلنا هذا الضرر لا يمنع المكاتب منه بدليل ما لو ترك الكسب مع إمكانه أو امتنع من الأداء مع قدرته عليه فإنه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا أداء فكذا لا يمنع مما هو في معناه ولا بما يفضى إليه ، ولأن غاية الضرر في هذا المنع من اتمام الكتابة ، وليس اتمامها واجبا عليه فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين .

(أحدهما) أن هذا فيه نفع للسيد لمصيرهم عبيداً له (والثاني) أن فيه نفعاً للمكاتب بإعتاق ولده وذوى رحمه ونفعهم بالاعتاق على تقدير الأداء فإذا لم يمنع مما يساويه في المضرة من غير نفع فيه فلأن لا يمنع مما فيه نفع لازم لأحدى الجهتين أولى وولد المكاتب يدخل في كتابتها والحكم في جنائته كالحكم في ولد المكاتب سواء (فصل)

وان جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جنائية موجبتها المال لم يثبت لها حكم لانه لا يجب للسيد على عبده مال ، وان كان موجبتها قصاصاً فقال أبو بكر : ليس له القصاص لانه اتلاف لماله باختياره ، وهذا الذى ذكره أبو الخطاب في رموس المسائل .

وقال القاضى : له القصاص لانه من مصلحة ملكه فانه لو لم يستوفه أفضى الى اقدام بعضهم على بعض ، وليس له العفو على مال لما ذكرنا ، ولا يجوز بيعه فى أرش الجناية لان الارش لا يثبت له فى رقبة عبده ، فان كان الجانى من عبيده ابنه لم يجز بيعه لذلك ، وقال أصحاب الشافعى : يجوز بيعه فى أحد الوجهين لانه لا يملك بيعه قبل جنائته فيستفيد بالجناية ملك بيعه .

وانما أنه عبده فلم يجب له عليه أرش كالأجنبى ، وما ذكروه ينتقض بالرهن اذا جنى على راهنه .

(فصل) وان جنى عبد المكاتب عليه جنائية موجبتها المال كانت هدرأ لما ذكرنا وان كان موجبتها القصاص فله أن يقتص ان كان فيها دون النفس ، لأن العبد يقتص منه لسيده ، وان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال ، فان كان الجانى أباه لم يقتص منه لان الوالد لا يقتل بولده ، وان جنى المكاتب عليه لم يقتص

منه لأن السيد لا يقتص منه لعيده . وقال القاضى فيه وجه آخر أنه يقتص منه لأن حكم الأب معه حكم الأحرار ، بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حرية موقوفة على حرية . قال : ولا نعلم موضعاً يقتص فيه المملوك من مالكة سوى هذا الموضع .

(فصل) وإذا جنى على المكاتب فيما دون النفس فأرش الجناية له دون سيده لثلاثة معان :

أحدها أن كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه .
والثاني أن المكاتبه تستحق المهر في النكاح لتعلقه بعضو من أعضائها كذلك بدل العضو .

والثالث : أن السيد يأخذ مال الكتابة بدلا عن نفس المكاتبه فلا يجوز أن يستحق عنه عوضا آخر ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال .
أحدها : أن يكون الجاني سيده فلا قصاص عليه لمعتبين أحدهما : أنه حر والمكاتب عبد .

والثاني : أنه مالكة ولا يقتص من المالك لمملوكه ، ولكن يجب الأرض ولا يجب إلا باندمال الجرح على ما ذكرنا في الجنایات ، ولأنه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته إلى نفسه فيسقط أرشه .

فإذا ثبت هذا فإنه إن سرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتله ؛ وإن اندمل الجرح وجب أرشه له على سيده ، فإن كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاصا ، وإن كان من غير جنس مال الكتابة أو كان النجم لم يحل لم يتقاصا ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه ، وإن اتفقا على أن يجعل أحدهما عوضا عن الآخر وكانا من جنسين لم يجز لأنه بيع دين بدين فإن قبض أحدهما حقه ثم دفعه إلى الآخر عوضا عن حقه جاز ، وإن رضى المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة الحال الثانية : إذا كان الجاني أجنبيا حراً فلا قصاص أيضا لأن الحر لا يقتل بالعبد ، ولكن ينظر إن سرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة وعلى الجاني قيمته لسيده ، وإن اندمل الجرح فعليه أرشه له فإن أدى الكتابة وعق ثم سرى

الجرح الى نفسه وجبت ديته ، لان اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته ، فإن كان الجاني السيد أو غيره من الورثة لم يرث منه شيئا لان القاتل لا يرث ويكون لبيت المال إن لم يكن له وارث ، ومن اعتبر الجناية بحالة ابتدائها أوجب على الجاني قيمته ويكون لورثته أيضا .

الحال الثالث : اذا كان الجاني عبدا أو مكاتبا ، فان كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيده غير بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجاني ، وان كانت فيما دون النفس مثل أن يقطع يده أو رجله فللمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه ، كما أن المريض يقبض ولا يعترض عليه ورثته ، والمفلس يقبض ولا يعترض عليه غرماؤه ؛ وان عفا على مال ثبت له وان عفا مطلقا أو الى غير مال انبنى ذلك على الروايتين في موجب العمد ان قلنا موجه القصاص عينا صح ولم يثبت له مال ، وليس للسيد مطالبة باشتراط مال لان ذلك تكسب ولا يملك السيد اجباره على الكسب ، وان قلنا الواجب أحد أمرين ثبت له دية الجرح لانه لما سقط القصاص تعين المال ، ولا يصح عفو عن المال لانه لا يملك التبرع به بغير اذن سيده ، وان صالح على بعض الارش لحكمه حكم العفو الى غير مال .

(فصل)

واذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنایات ولم يكن ملك ما يؤدي في كتابته انفسخت كتابته وسقط أرش الجنایات لانها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفي دينه عما كان في يده فإن لم يف بها سقط الباقي

قال أحمد : ليس على سيده قضاء دينه ، هذا كان يسعى لنفسه وان كان قد ملك ما يؤدي في كتابته انبنى ذلك على الروايتين في عتق المكاتب بملك ما يؤديه وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك فتتفسخ الكتابة أيضا ، ويبدأ بقضاء الدين على ما ذكرنا في الحال الأول ، وهذا قول زيد بن ثابت وسعيد ابن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمر بن دينار وأبي الزناد ويحيى الانصاري وربيعه والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي .

والرواية الثانية : أنه اذا ملك ما يؤدي فقد صار حرا ، فعلى هذا يضرب

السيد مع الغرماء بما حل من نجومه ، وروى نحو هذا عن شريح والنخعي والشعبي والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح لأنه دين له حال فيضرب به كسائر الديون ويجيء على قول من قال إن الدين يحل بالموت أن يضرب بجميع مال الكتابة لأنه قد صار حالا ، والمذهب الأول الذي نقله الجماعة عن أحمد .

وقد روى سعيد في سننه . حدثنا هشيم أنا منصور وسعيد عن قتادة قال : ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب إذا مات وعليه دين وبقية من مكاتبه ، فقلت إن شريحا قضى أن مولاه يضرب مع الغرماء ؟ فقال سعيد خطأ شريح ، قضى زيد بالدين قبل المكاتبه .

« مسأله ، قال (وإذا كاتبه ثم دبره فإذا أدى صار حراً ، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير إن حمل الثلث ما بقي من كتابته وإلا عتق منه بمقدار الثلث وسقط من الكتابة بمقدار ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي) * »

وجملة ذلك أن تدبير المكاتب صحيح لا نعلم فيه خلافاً لأنه تعليق عتق بصفة وهو يملك إعاقته ، وإن كان وصية فهو وصية بإعاقته وهو يملكه ، فعند هذا إن أدى عتق بالأداء لأنه سبب للعتق ويبطل التدبير للغنى عنه وما في يده له ، وإن عجز وفسخت الكتابة بطلت كتابته وصار مدبراً غير مكاتب فإذا مات السيد عتق إن خرج من الثلث وما في يده لسيده ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ، وإن مات السيد قبل أدائه وعجزه عتق بالتدبير إن حمل الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق ، لأن مال الكتابة عوض عنه فإذا عتق نصفه وجب أن يسقط نصف الكتابة لأنه لم تبق الكتابة إلا في نصفه فلم يبق عليه من مالها إلا بقدر ذلك وهو على الكتابة فيما بقي وما في يده له . وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه .

وقال أصحابنا : إذا عتق بالتدبير بطلت الكتابة وكان ما في يده لسيده كما لو بطلت الكتابة بعجزه لأنه عبد عتق بالتدبير فكان ما في يده لسيده كغير المكاتب والصحيح الأول إن شاء الله تعالى لأنه مكاتب برىء من مال الكتابة فعتق بذلك

وكان ما في يده له ، كما لو أبراه سيدة ، يحققه أن ملكه كان ثابتا على ما في يده ولم يحدث ما يزيله ، وإنما الحادث مزيل للملك سيدة عنه فيبقى ملكه كما لو عتق بالأداء (فصل) إذا قال السيد لمكاتبه متى عجزت بعد موتى فأنت حر ، فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت ؛ وقد ذكرنا فيه اختلافا فيما مضى .

فإن قلنا : لا يصح فلا كلام ، وإن قلنا : يصح فمتى عجز بعد الموت صار حراً بالصفة ، فإن ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق لأنه لم يجب عليه شيء . يعجز عنه ، وإن ادعى ذلك بعد حلول نجمه ومعه ما يؤديه لم يصح قوله لأنه ليس بعاجز وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق ، وإن كذبوه فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم المال وعجزه ؛ فإذا حلف عتق ، وإذا عتق بهذه الصفة كان ما في يده له أن لم تكن كتابته فسخت ، لأن العجز لا تنسخ به الكتابة ، وإنما يثبت به استحقاق الفسخ ، والحرية تحصل بأول وجوده ، فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته ، فيكون ما في يده له كما لو عتق بالأبراء من مال الكتابة ، ومقتضى قول بعض أصحابنا أن تبطل كتابته ويكون ما بيده لورثة سيدة .

(فصل)

وإذا كاتب عبداً في صحته ثم أعتقه في مرض موته أو أبراه من مال الكتابة فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق ، مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فإننا نعتبر قيمته دون مال الكتابة ، وهي تخرج من الثلث ، ولو كان مال الكتابة مائة وقيمته مائة وخمسون اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها ، وإنما اعتبرنا الأقل لأن قيمته أن كانت أقل فهي قيمة ما أتلّف بالاعتاق ، ومال الكتابة ما استقر عليه ، فإن للعبد إسقاطه بتعجيل نفسه أو يمتنع من أدائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به ، وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه لأنه يعتق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواه ، وقد ضعف ملكه فيه وصار عوضه وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث ، مثل أن يكون ماله سوى المكاتب قيمته مائة فإننا نضم الأقل من قيمته أو مال كتابته إلى ماله ونعمل بحسابه فيعتق

منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة ، فإن أداه عتق وإلا رق منه ثلثه ، ويحتمل أنه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فيبقى ثلثه بخمسين فأداهما أن يقول قد زاد مال الميت لأنه حسب على الورثة بمائة وحصل لهم بثلثه خمسون فقد زاد مال الميت فينبغي أن يزيد ما عتق منه ، لأن هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والإرث عنه ، ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه لأن رבעه يجب إبتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت ، فعلى هذا إذا كان ثلاثة أرباع مال المكاتب مائة وخمسين وقيمة العبد مائة وللميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين ، وذلك نصف تسعه فصار العتق ثابثاً في ثلثيه ونصف تسعه وحصل للورثة المائة وثمانية أضعاف الخمسين ، وهو مثلاً ما عتق منه .

فإن قيل : لم أعتقتم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة ، وقد قلتم أن المكاتب لا يعتق منه شيء حتى يؤدي جميع مال الكتابة ؟ قلنا : إنما أعتقنا بعضه ههنا بإعتاق سيده لا بالكتابة ، ولما كان العتق في مرض موته نفذ في ثلث ماله وبقي باقيه لحق الورثة والموضع الذي لا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة إذا كان عتقه بها لأنه إذا بقي عليه شيء فما حصل الاستيفاء ويختص المعاوضة فلم تثبت الحرية في العوض .

(فصل)

وإن وصى سيده بإعتاقه أو إبرائه من الكتابة وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال كتابته فالحكم فيه كالحكم فيها إذا أعتقه في مرضه أو أبرأه إلا أنه يحتاج ههنا إلى إيقاع العتق لأنه أوصى به ، وإن لم يخرج الأقل منهما من ثلثه أعتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ويبقى باقيه على باقي الكتابة ، فإن أداه عتق جميعه ، وإن عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقي ، وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال كقولنا فيمن دبر عبداً له وله مال غائب أو دين في ذمة موسر أو معسر أنه يعتق ثلثه في الحال ، وإن لم يحصل للورثة

في الحال شيء ، ولأن حق الورثة متحقق الحصول فانه ان أدى وإلا عاد الباقي قنا
 وذكر القاضى فيه وجها آخر أنه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للبيت مال
 سواه لئلا يتنجز للوصية ما عتق منه ويتأخر حق الوارث ، وكذلك لو كان له مال
 غائب أو دين حاضر لم تنجز وصيته من الحاضر ، والاول أصح لما ذكرناه .
 وأما الحاضر والغائب فانه إن كان أوصى له بالحاضر أخذ ثلثه في الحال ووقف
 الباقي على قدوم الغائب فقد حصل للوصى له ثلثه الحاضر ولم يحصل للورثة شيء
 في الحال وهو كسألتنا ، ولم يكمل له جميع وصيته لأن الغائب غير موثوق بحصوله
 فانه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه ، فاما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة
 فانها تقف على أداء مال الكتابة .

« مسألة ، قال (وإذا ادعى المكاتب بوفاء كتابته وأتى بشاهد حلف مع
 شاهده وصار حراً)

وهذا قول الشافعى رضى الله عنه ، لان النزاع بينهما في أداء المال ، والمال
 يقبل فيه الشاهد واليمين .

فان قيل : القصد بهذه الشهادة العتق وهو ما لا يثبت بشاهد ويمين . قلنا بل
 يثبت بشاهد ويمين في رواية ، وان سلمنا أنه لا يثبت بذلك لكن الشهادة ههنا
 إنما هي بأداء المال ، والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الاول ولم يشهد الشاهد به ولا
 بينهما فيه نزاع ، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت
 الا بشاهدين ، كما أن الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة ويترتب عليها ثبوت
 النسب الذى لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد .

(فصل) فان لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فالقول قوله مع يمينه لأنه
 منكر ، وان قال العبد لى شاهد غائب أنظر ثلاثاً ، فان جاء به والا حلف السيد
 ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حريته ؛ وان جاء بشاهد فخرج فقال لى
 شاهد غائب عدل أنظر ثلاثاً لما ذكرنا .

(فصل) وان أقر السيد بتقبض مال الكتابة عتق العبد اذا كان ممن يصح

اقراره ، وان أقر بذلك في مرض موته قبل لاثته اقرار لغير وارث ، واقرار المريض لغير وارثه مقبول .

واذا قال استوفيت كتابتي كلها عتق العبد ، وان قال استوفيتها كلها ان شاء الله تعالى ، وان شاء زيد عتق ، ولم يؤثر الاستثناء ، لان هذا الاستثناء لا مدخل له في الإقرار .

قال أحمد في رواية أبي طالب : اذا قال له علي ألف ان شاء الله كان مقراً بها ولان هذا الاستثناء تعليق بشرط ، والذي يتعلق بالشرط انما هو المستقبل ، وأما الماضي فلا يمكن تعليقه لانه قد وقع على صفة لا يتغير عنها بالشرط ، وانما يدل الشرط فيه على الشك فيه ، فكأنه قال استوفيت كتابتي وأنا أشك فيه فيلغو الشك ويثبت الاقرار . وان قال استوفيت آخر كتابتي وقال انما أردت أني استوفيت النجم الآخر دون ما قبله ، وادعى العبد اقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد لانه أعرف بمراده .

(فصل)

اذا أبرأ السيد من مال الكتابة برى وعتق ، لان ذمته خلت من مال الكتابة فأشبه ما لو أداه ، وان أبرأه من بعضه برى منه وكان على الكتابة فيما بقي لأن الأبراء كالإداء ، وان كاتبه على دنائير فأبرأه من دراهم ، أو على دراهم فأبرأه من دنائير لم تصح البراءة لانه أبرأه عما لا يجب له عليه ، الا أن يريد بقدر ذلك مما لي عليك .

فان اختلفا فقال المكاتب انما أردت من قيمة ذلك ، وقال السيد بل ظننت أن لي عليك النقد الذي أبرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها فالقول قول السيد مع يمينه لانه اعترف بنيته ، وان مات السيد واختلف المكاتب مع ورثته فالقول قولهم مع أيهم انهم لا يعلمون موروثهم أراد ذلك ، وان مات المكاتب واختلف ورثته وسيداه فالقول قول السيد لما ذكرنا

مسألة ، قال (ولا يكفر المكاتب بغير الصوم)

وجملته أن المكاتب اذا لزمته كفارة ظهار أو جماع في نهار رمضان أو قتل

أو كفارة يمين لم يكن له التكفير بالمال ، لأنه عبد ولأنه في حكم المعسر ، بدليل أنه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله أخذ الزكاة لحاجته ، وكفارة العبد والمعسر الصيام ، وإن أذن له سيده في التكفير بالمال جاز لأنه بمنزلة التبرع ، ويجوز له التبرع بإذن سيده ، ولأن المنع لحقه وقد أذن فيه ، ولا يلزمه التكفير بالمال إذا أذن فيه السيد لأن عليه ضرراً فيه لما يفضى إليه من تفويت حرته ، كما أن التبرع لا يلزمه بإذن سيده .

وقال القاضي : المكاتب كالعبد القن في التكفير ومتى أذن له سيده في التكفير بالمال انبنى على ملك العبد إذا ملكه سيده

فإن قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بعثق ولا إطعام ولا كسوة ، سواء ملكه سيده أو لم يملكه ، وسواء أذن فيه أو لم يأذن ، لأنه يكفر بما ليس بمملوك له فلم يصح .

وإن قلنا يملك بالتملك صح تكفيره بالطعام إذا أذن فيه ، وإن أذن له في التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين سبق ذكرهما في تكفير العبد . والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه في المكاتب لأنه يملك المال بغير خلاف ، وإنما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به ، فإذا أذن له سيده فيه صح كالتبرع

« مسألة ، قال (وولد المكاتبه الذين ولدتهم في الكتابة يعتقون بعقها)

وجملته أنه يصح مكاتبه الأمة كما تصح مكاتبه العبد ، لا خلاف بين أهل العلم فيه ، وقد دل عليه حديث بريرة وحديث جويرية بنت الحارث ، ولأنها داخلة في عموم قوله (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيانكم فسكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) ولأنها يمكنها التكسب والاداء فهي كالعبد ، وإذا أتت المكاتبه بولد من غير سيدها ، إما من نكاح أو غيره فهو تابع لها موقوف على عتقها ، فإن عتقت بالاداء أو الإبراء عتق ، وإن فسخت كتابتها وعادت إلى الرق عاد رقيقاً

وهذا قول شريح ومالك وأبي حنيفة والثوري وإسحاق ، وسواء في هذا ما كان حال الكتابة وما حدث بعدها .

وقال أبو ثور وابن المنذر : هو عبد قن لا يتبع أمه ، وللشافعي قولان
كالذهبيين ، واحتجوا بأن الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسرى الى الولد
كالعقيق بالصفة :

ولنا أن الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز ابطاله فسرى الى الولد كالاستيلاد
ويفارق التعليق بالصفة ، فان السيد يملك ابطاله بالبيع .

اذا ثبت هذا فالكلام في الولد في فصول أربعة ، في قيمته اذا تلف ، وفي كسبه
وفي نفقته وفي عتقه . أما قيمته اذا تلف فقال أبو بكر : هو لامه تستعين بها على
كتابتها لان السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته ، ولانه
بمنزلة جزء منها ، ولو جنى على جزء منها كان أرشه لها كذلك ولدها ، واذا لم
يستحقها هو كانت لامه ، لان الحق لا يخرج عنها ، ولأن ولدها لو ملكته بهبة
أو شراء كانت قيمته لها فكذلك لو تبعها .

يحققه أنه اذا تبعها صار حكمه حكمها ولا يثبت ملك السيد في منافعه ولا في
أرش الجناية عليه ، كما لا يثبت له ذلك فيها .

وقال الشافعي في أحد قوايه تكون القيمة اسيدها لانها لو قتلت كانت قيمتها
لسيدها فكذلك ولدها ، والفرق بينهما أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها
بخلاف ولدها فان العقد باق بعد قتله ، فنظير هذا اتلاف بعض أعضائها ، والحكم
في اتلاف بعض أعضائها كالحكم في اتلافه .

وأما كسبه وأرش الجناية عليه فينبغي أيضا أن يكون لامه لان ولدها جزء
منها تابع لها فأشبهه بقية أجزائها ، ولان أدائها لكتابتها سبب لعتقه وحصول الحرية
له فينبغي أن يصرف فيه بمنزلة صرفه اليه ، اذ في عجزها رقة وفوات كسبه عليه
وأما نفقته فعلى أمه لانها تابعة لكسبه وكسبه لها فنفقته عليها ؛ وأما عتقه فانه
يعتق بأدائها أو ابرائها ويرق بعجزها لانه تابع لها ، وان ماتت المكاتبة على
كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقا قنا الا أن تخلف وفاء فيكون على الروايتين ، وان
أعتقها سيدها لم يعتق ولدها ، لانه انما تبعها في حكم الكتابة وهو العتق بالاداء ،
وما حصل الاداء وانما حصل عتقها بأمر لا يتبعها فيه فأشبه ما لو لم تكن مكاتبة
ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعثقها أن يعود ولدها رقيقا ومقتضى

قولنا، أنه يبقى على حكم الكتابة ويعتق بالآداء لأن العقد لم يوجد ما يبطله وإنما سقط الآداء عنها لحصول الحرية بدونه ، فإذا لم يكن لها ولد يتبعها في الكتابة ؛ ولا في يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن في بقاءه فائدة فانتفى لا انتفاء فائدته وفي مسألتنا في بقاءه فائدة لافضائه إلى عتق ولدها فينبغي أن يبقى

ويحتمل أن يعتق بإعتاقها لأنه جرى مجرى إبرائها من مال الكتابة والحكم فيها إذا اعتقت باستيلاد أو تدبير أو تعليق بصفة ، كالحكم فيما إذا اعتقها لأنها عتقت بغير الكتابة ، وإن أعتق السيد الولد دونها صح عتقه ، نص عليه أحمد في رواية منها لأنه مملوك فصاح عتقه كأمه ، ولأنه لو أعتقه معها اصح ، ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كسائر ماله .

وقال القاضي : وقد كان يجب أن لا ينفذ عتقه لأن فيه ضرراً بأمه بتفويت كسبه عليها لأنها كانت تستعين به في كتابتها ، ولعل أحمد نفذ عتقه تغليبا للعتق والصحيح أنه يعتق ، وما ذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه .

أحدها : أن الضرر إنما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته ، فأما من لا كسب له فتخليصها من نفقته نفع محض فلا ضرر في إعताقه لأنه لا يفضل لها من كسبه شيء ينتفع به فكان ينبغي أن لا يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد .

الثاني : أن النفع بكسبها ليس بواجب لها بدليل أنه لا يملك إجباره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبراً في حقها .

الثالث : أن مطلق الضرر لا يكفي في منع العتق الذي تحقق مقتضيه ما لم يكن له أصل يشهد بالاعتبار ولم يذكر له أصلاً ، ثم هو ملغى بعنق المفلس والراهن وسرايه العتق إلى ملك الشريك فإنه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى .

(فصل) فأما ولد ولدها فإن حكمه حكم أمه لأن ولد المكاتب لا يتبعه وأما ولد بنتها فهو كبنتها وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تسرى الكتابة إليه لأن السراية إنما تكون مع الاتصال وهذا ولد منفصل فلا تسرى إليه ، بدليل أن

ولد أم الولد قبل أن يستولدها لا يسرى اليه الاستيلاد ، وهذا الولد اتصل بأمه دون جدته .

ولنا أن ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما يثبت حكم أمها ، ولأن البنت تبعت أمها فيجب أن يتبعها ولدها لأن عليه اتباعها لأنها موجودة في ولدها ، ولأن البنت تعلق بها حق العتق فيجب أن يسرى إلى ولدها كالمكاتبة ، وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لأمها في الكتابة ، فأما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل في الكتابة فأبنتها أولى .

« مسألة ، قال (ويجوز بيع المكاتب)

وهذا قول عطاء والنخعي والليث وابن المنذر وهو قديم قولي الشافعي ، قال ولا وجه لقول من قال لا يجوز . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز بيعه ، وهو قول مالك وأصحاب الرأي والجديد من قولي الشافعي لأنه عقد يمنع استحقاق كسبه فيمنع بيعه كبيعه وعتقه

وقال الزهري وأبو الزناد : يجوز بيعه برضاه ولا يجوز إذا لم يرض . وحكى ذلك عن أبي يوسف لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها ، ولأن لسيده استيفاء منافع برضاها ولا يجوز بغير رضاها كذلك بيعه .

ولنا ما روى عروة عن عائشة أنها قالت « جاءت بريرة إلى : فقالت يا عائشة إني كاتبته أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينني ، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً ، فقالت لها عائشة ، أرجعي إلى أهلك إن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعاً فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا إن شئت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا ؛ فذكرت ذلك عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا يمنعك ذلك منها ابتاعي واعتقي إنما الولاء لمن أعتق ، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال ناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق وإنما الولاء لمن أعتق ، متفق عليه

قال ابن المنذر : بيعت بريرة بعلم النبي صلى الله عليه وسلم وهي مكاتبة ولم ينكر ذلك ، ففي ذلك أبين البيان أن يبعه جازر ، ولا أعلم خيراً يعارضه ، ولا أعلم في شيء من الأخبار دليلاً على عجزها وتناولها له الشافعي ، على أنها كانت قد عجزت ، وكان بيعها فسخاً لكتابتها ، وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل في غاية القوة ، وليس في الخبر ما يدل عليه ، بل قولها أعينني على كتابتي دلالة على بقائها على الكتابة ، ولأنها أخبرتها أن نجومها في كل عام أوقية فالعجز إنما يكون بمضي عامين عند من لا يرى المعجز إلا بحلول نجمين أو بمضي عام عند الآخرين ، والظاهر أن شراء عائشة لها كان في أول كتابتها ، ولا يصح قياسه على أم الولد لأن سبب حرיתה مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال فأشبه الوقف ، والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته إذا عجز فافترقا .

قال ابن أبي موسى : وهل للسيد أن يبيع المكاتب بأكثر مما عليه ؟ على روايتين ولأن المكاتب عبد مملوك لسيد له لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة ، والدليل على أنه مملوك قول النبي صلى الله عليه وسلم : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، وأن مولاه لا يلزمها أن تحتجب منه ، بدليل قوله عليه السلام : إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه ، فيدل على أنها لا تحتجب قبل ذلك .

وقد روينا في هذا عن نبهان مولى أم سلمة أنه قال : قالت لي أم سلمة يا نبهان هل عندك ما تؤدي ؟ قلت نعم ، فأخرجت الحجاب بيني وبينها وروت هذا الحديث ، قال فقلت لا والله ما عندي ما تؤدي ولا أنا بمؤد ، وإنما سقط الحجاب عنها منه لكونه مملوكها ، ولأنه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ويرجع عند المعجز إلى كونه قنأ ، ولو صار حراً ما عاد إلى الرق ، ويفارق اعتاقه لأنه يزيل الرق بالكلية ، وليس بعقد وإنما هو إسقاط للملك فيه ، وأما بيعه فلا يمنع مالكة بيعه ، وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسألتنا .

(فصل) وتجوز هبته والوصية به ونقل الملك فيه لأنه في معنى بيعه ، وقد

روى عن أحمد أنه منع هبته لأن الشرع إذا ورد ببيعه ، والصحيح جوازها لأن ما كان في معنى المنصوص عليه ثبت الحكم فيه .

« مسألة ، قال (ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب ، فإذا أدى صار حراً وولاؤه لمشتريه ، فإن لم يبين البائع للمشتري أنه مكاتب فهو مخير بين أن يرجع في الثمن أو يأخذ ما بينه سليماً ومكاتباً)

وجملة ذلك أن الكتابة لا تنفسخ بالبيع ولا يجوز إبطالها ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن يبيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضياً فيها مؤدياً ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز ، وذلك لأنها عقد لازم فلا تبطل ببيع العبد كإجارته ونكاحه ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه ، كما لو كان عند البائع مبقى على ما بقى عليه من كتابته ويؤدي إلى المشتري كما كان يؤدي إلى البائع ، فإن عجز فهو عبد لمشتريه لأنه صار سيده . وإن أدى عتق وولاؤه لمشتريه ، لأن حق المكاتب فيه انتقل إلى المشتري فصار المشتري هو المعتق ، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة « ابتاعى واعتقى فإذا الولاء لمن أعتق »

ولما أراد أهلها اشتراط ولائها أن ذكر ذلك وأخبر بطلانه ، وإذا لم يعلم المشتري كونه مكاتباً ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الارش لأن الكتابة عيب لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطء . إن كانت أمة ، وقد انعقد سبب زوال الملك فيه فيملك الفسخ بذلك كمشترى الأمة المزوجة أو المعيبة ، فيتخير حينئذ بين فسخ البيع والرجوع بالثمن وبين أمساكه وأخذ الارش ، وهو قسط ما بينه مكاتباً وبينه رقيقاً قنأ ، فيقال كم قيمته مكاتباً وكم قيمته لو كان غير مكاتب ؟

فإذا قيل قيمته مكاتباً مائة وقيمته غير مكاتب مائة وخمسون والثن مائة وعشرون فقد نقصته الكتابة ثلث قيمته فيرجع بثلث ثمنه وهو أربعون ولا يرجع بالخمسين التي نقصت بالكتابة من قيمته على ما قرر في البيع

(فصل)

فأما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه فلا يصح ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور ، وقال عطاء وعمر بن دينار ومالك يصح لأن السيد يملكها في ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله .

ولنا أنه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار أنه معرض للسقوط بعجز المكاتب ولأنه لا يملك السيد إجبار العبد على أدائه ولا إلزامه بتحصيله فلم يجز بيعه كالأداة بالتبرع ولأنه غير مقبوض وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض فإن باعه فالباع باطل وليس للمشتري مطالبة المكاتب بتسليمه إليه وله الرجوع بالثمن على البائع إن كان دفعه إليه فإن سلم المكاتب إلى المشتري نجومه فقيه وجهان .

أحدهما : يعتق لأن البيع تضمن الإذن في القبض فأشبه قبض الوكيل .
والثاني : لا يعتق لأنه لم يستنبه في القبض وإنما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض أيضاً فاسداً ولم يعتق بخلاف وكيله فإنه استتابه ، ولو صرح بالاذن فليس بمستنبه له في القبض وإنما أذنه بحكم المعاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فإن قلنا : يعتق بالاداء برىء المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشتري بما قبضه لأنه كالتائب عنه فإن كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصاً بقدر أقلهما ورجع ذو الفضل بفضله .

وان قلنا : لا يعتق بذلك فمال الكتابة باق على المكاتب ويرجع المكاتب على المشتري بما دفعه إليه ويرجع المشتري على البائع فإن سلمه المشتري إلى البائع لم يصح التسليم لأنه قبضه بغير إذن المكاتب فأشبهه مالو أخذه من ماله بغير إذنه فإن كان من غير جنس مال الكتابة تراجعاً بما لكل واحد منهما على الآخر وإن باعه ما أخذه بماله في ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جاز إذا كان ما قبضه السيد باقياً وإن كان قد تلف ووجبت قيمته وكانت من جنس مال الكتابة تقاصاً وإن كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسباً به جاز .

(فصل) وإذا كانت المكتوبة ذات ولد يتبعها في الكتابة فباعهما معا صح

لأنهما ملكه ولا مانع من بيعهما ويكونان عند المشتري كما كانا عند البائع سواء
وان باع أحدهما دون صاحبه أو باع أحدهما لرجل وباع الآخر لغيره
لم يصح لوجهين .

أحدهما : أنه لا يجوز التفريق بين الأم وولدها في البيع إلا بعد البلوغ
في إحدى الروايتين .

والثاني : أن الولد تابع لأمه ولها كسبه وعليها نفقته فصار في معنى مملوكها
فلم يجز التفريق بينه وبينها ، ويحتمل أن يجوز ذلك إذا كان بالغاً لأنه محل للبيع
صدر فيه التصرف من أهله ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه
لها كسبه وأرش الجناية عليه وعليها نفقته ويعتق بعقوبتها كما لو بيع والله أعلم .

(فصل)

وان وصى بالمكاتب لرجل فقال أبو بكر ، قال أحمد الوصية به جائزة لأنه
يرى بيعه ، وكذلك هبته ويقوم من انتقل إليه مقام مكاتبه في الاداء إليه ، وان
عجز عاد إليه رقيقاً له قنا وان عتق فالولاء له كما ذكرنا في المشتري سواء ، فان عجز
في حياة الموصي لم تبطل الوصية لان رقه لا ينافي الوصية وان أدى وعتق في حياة
الموصي بطلت الوصية ومن منع بيع المكاتب منع الوصية فيه وهبته فان قال ان
عجز ورق فهو لك بعد موتى صحت الوصية اذا عجز في حياة الموصي وان عجز بعد
موته لم يستحقه لان الشرط بطل بموته كما لو قال لعبد ان دخلت الدار فأنت حر
بعد موتى فلم يدخلها حتى مات سيده ، وان قال ان عجزت بعد موتى فهو لك فهذا
تعليق للوصية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا في صحتها وجهين .

(فصل) وان وصى بكتابته لرجل صحت الوصية لأنها تصح بما ليس بمستقر
كما تصح بالمال في الحال من ثمرة شجرة وحمل جاريتها وللموصي له أن يستوفي
المال عند حلوله وله أن يبرئ منه فاداً استوفاه أو أبرأه منه عتق المكاتب
والولاء لسيده لأنه المنعم عليه وان عجز المكاتب فأراد الوارث تعجيزه وأراد
الموصي له انظاره فالقول قول الوارث لان حق الموصي له في المال مادام العقد
قائماً وحق الوارث متعلق به اذا عجزه يرد في الرق وليس للموصي له ابطال حق

الوارث من تعجيزه وان أراد الوارث إنظاره وأراد الموصى له تعجيزه لم يكن له لأن الحق في التعجيز والفسخ للوارث ولا حق للموصى له في ذلك ولا بيع لأن حقه يسقط به ومتى عجز عاد عبداً للورثة وان وصى لرجل بما تعجله المكاتب صح لأنها وصية بصفة فإن عجل شيئاً فهو للموصى له وان لم يعجل شيئاً حتى حلت نجومه بطلت الوصية .

فصل

وان وصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته لآخر صححت الوصيتان فإن أدى إلى صاحب المال أو أبرأه منه عتق قال أصحابنا وتبطل وصية صاحب الرقبة ، ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له لأنه أقامه مقام نفسه في استحقاق الرقبة ولولم يوص بها له كان الولاء له فإذا وصى بها كان الولاء لمن وصى له بها ولأنه لو وصى له بالمكاتب مطلقاً كان الولاء له فكذلك اذا وصى برقبته لأن الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال ، وان عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقاً له وبطلت الوصية بالمال وان كان صاحب المال قد قبض من كتابته شيئاً فهو له وان اختلفا في فسخ الكتابة عند العجز قدم قول صاحب الرقبة لأنه يقوم مقام الورثة على ما بيناه فيما تقدم وقياس هذه المسألة أنه لو وصى لرجل برقبة المكاتب دون مال الكتابة أنه يصح لأن الوصية بالرقبة دون المال صحيحة فيما إذا وصى بها لرجل وحده وأوصى بالمال لآخر .

(فصل) وإذا كانت الكتابة فاسدة فأوصى لرجل بما في ذمة المكاتب لم تصح الوصية لأنه لا شيء في ذمته ، وان قال وصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح لأن الكتابة الفاسدة يؤدي فيها المال كما يؤدي في الصحيحة ، وان وصى برقبة المكاتب صح لأن الوصية برقبة المكاتب تصح في الكتابة الصحيحة ففي الفاسدة أولى .

(فصل) وتصح الوصية لمكاتبه لأنه مع سيده في المعاملة كالأجنبي ولذلك جاز أن يدفع إليه زكاته ، فان قال ضعوا عن مكاتبى بعض كتابته أو بعض ما عليه وضعوا ما شاءوا قليلاً كان أو كثيراً من أول نجومه أو من آخرها .

وان قال ضعوا عنه نجما من نجومه فلمهم أن يضعوا أى نجم شاءوا كما لو قال ضعوا أى نجم شئتم وسواء كانت نجومه متفقة أو مختلفة لأن اللفظ يتناول واحداً منها غير معين ، وان قال ضعوا عنه أى نجم شاء كان ذلك الى مشيئته فيلزمهم وضع النجم الذى يختار وضعه لأن سيده جعل المشيئة له .

وان قال ضعوا عنه أكبر نجومه لزمهم أن يضعوا أكبرها مالا لأنه أكبرها قدراً ، وان قال ضعوا عنه أكثر نجومه لزمهم أن يضعوا عنه أكثر من نصفها لأن أكثر الشئ يزيد على نصفه فإذا كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثة ، وان كانت ستة وضعوا أربعة ، ويحتمل أن ينصرف ذلك الى واحد منها أكبرها مالا بمنزلة قوله أكبر نجومه فإن كانت نجومه متساوية تعين الاحتمال الاول ، وان قال ضعوا عنه أوسط نجومه فلم يكن فيها إلا وسط واحد تعينت الوصية فيه مثل أن تكون نجومه متساوية القدر والأجل وعددها منفرد فيتعين وضع أوسطها عدداً فإذا كانت خمسة فالأوسط الثالث وان كانت سبعة فالأوسط الرابع ، وان كان عددها مزدوجاً وهى مختلفة المقدار فبعضها مائة وبعضها مائتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المائتان فتعين الوصية فيه لأنه أوسطها ، وان كانت متساوية القدر مختلفة الأجل مثل أن يكون اثنان منها الى شهر وواحد الى شهرين وواحد الى ثلاثة أشهر تعينت الوصية فيها هو الى شهرين لأنها أوسطها .

وان اتفقت هذه المعاني الثلاثة فى واحد تعينت الوصية فيه وان كان لها أوسط فى القدر وأوسط فى الأجل وأوسط فى العدد يخالف بعضها بعضاً فذلك الى اختيار الورثة فلمهم وضع ما شاءوا منها .

وان اختلف الورثة والمسكاتب فيها أراد الموصى منها فالقول قول الورثة مع إيمانهم أنهم لا يعلمون ما أراد الموصى ثم التعيين اليهم ومتى كان فيها أوسطان عين الورثة أحدهما ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد فان كان شفعاً كاربعة وستة فأوسطه اثنان وهكذا القول فيها إذا وصى بأوسط نجومه .

وان قال ضعوا عنه ما خف أو قال ما يشغل أو ما يكتر كان ذلك الى تقدير الورثة لأن كل شئ يخف الى جنب ما هو أخف منه كما قال أصحابنا فيها إذا وصى

بمال عظيم أو كثير أو ثقيل أو خفيف ، وإن قال ضعوا عنه أكثر ما عليه وضع عنه النصف وأدنى زيادة ، وإن قال ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة أرباع وأدنى زيادة ، وإن قال ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها ، فيصح في الكتابة ويطل في الزيادة لعدم علمها ، وإن قال ضعوا عنه ما شاء فشاء وضع كل ما عليه وضع ما عليه لأن وصيته تناوله ، وإن قال ضعوا عنه ما شاء من مال الكتابة لم يكن له وضع الكل لأن من للثبعض فلا تناول الجميع . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو ما ذكرناه .

« مسألة ، قال (وإذا اشترى المكاتب أباه أو ذا رحمه من المحرم عليه نكاحه لم يعتقوا حتى يؤدي وهم في ملكه فإن عجز فهم عبيد لسيده) .

الكلام في هذه المسألة في فصلين .

أحدهما : أنه يصح أن يشتري من ذوى أرحامه من يعتق عليه بنير أذن سيده . وهذا قول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي .

وقال الشافعي لا يصح لأنه تصرف يؤدي إلى اتلاف ماله لأنه يخرج من ماله ما يجوز له التصرف فيه في مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه فأشبه الهبة فإن أذن له سيده فيه ، فمنهم من قال يجوز قولاً واحداً وهو قول مالك لأن المنع لحق سيده فجاز بإذنه ومنهم من قال فيه قولان .

ولنا : أنه اشترى مملوكاً لا ضرر في شرائه فصح كالأجنبي وببأنه أنه يأخذ كسبهم ، وإن عجز صاروا رقيقاً لسيده ولأنه يصح أن يشتريه غيره فصح شراؤه له كالأجنبي ويفارق الهبة لأنها تفوت المال بغير عوض ولا تقع يرجع إلى المكاتب ولا السيد ولأنه تحقق السبب وهو صدور التصرف من أهله في محله ولم يتحقق المانع لأن ما ذكرناه لا نص فيه ولا أصل له يقاس عليه .

الفصل الثاني : أنهم لا يعتقون بمجرد ملكه لهم لأنه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق فلا يقع بالشراء الذي أقيم مقامه ولا يجوز له بيعهم ولا هبتهم ولا إخراجهم عن ملكه . وقال أصحاب الرأي له بيع من عدا المولودين والوالدين لأنهم ليست قرابتهم قرابة حرية ولا تعصبيية فأشبهوا الأجانب .

ولنا : أنه ذو رحم يعتق عليه اذا عتق ولا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولانه لا يملك بيعهم اذا كان حراً فلا يملك مكاتباً كوالديه ولانهم نزلوا منزلة أجزائه فلم يملك بيعهم كیده فإذا أدى وهم في ملكه عتقوا لانه كل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا حينئذ وولاؤهم له دون سيدهم لانهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه فيكونون بمنزلة ما لو اشتراهم بعد عتقه وان عجز ورد في الرق صاروا عبيداً للسيد لانهم من ماله فيصرون للسيد بعجزه كعبيده الاجانب .

(فصل) وكسبهم للمكاتب لانهم مما يملكه ونفقتهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة وان أعتقهم السيد لم يعتقوا لانه لا يملكهم فلا يملك التصرف فيهم وان أعتقهم المكاتب بغير اذن سيده لم يعتقوا لتعلق حق سيده بهم وان أعتقهم باذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده وان أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقاً للسيد كما لو عجز لان كتابته تبطل بعته كما تبطل بموته وعلى ما اخترناه يعتقون لانه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة أو بأدائه . يتحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكتسابه ويبقى حق السيد في ملك رقبته على وجه لا يزول إلا بالاداء أو ما يقوم مقامه فلا يتسلط السيد على ابطالها فيما يرجع الى ابطال حق المكاتب ، وانما يتسلط على ابطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون ما للمكاتب ، وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى وان مات المكاتب ولم يخلف وفاء عادر رقيقاً ، وقال ابو يوسف ومحمد يسعون في الكتابة على نجومها ، وكذلك أم ولده ؛ وقال أبو حنيفة في الولد خاصة ان جاء بالكتابة حالة قبلت منه وعتق .

ولنا : أنه عبد للمكاتب فصار بموته لسيده اذا لم يخلف وفاء كالاجنبي وان خلف وفاء ابني على الروايتين في فسخ الكتابة على ما تقدم .

(فصل) وان وهب له بعض ذوى رحمه فله قبوله ، وان وصى له به فله قبول الوصية لانه اذا ملك شراؤه مع ما فيه من بذل ماله فلأن يجوز بغير عوض أولى واذا ملكه فحكمه حكم ما لو اشتراه .

(فصل) يجوز أن يشتري المكاتب امرأته والمكاتب زوجها لان ذلك

يجوز لغير المكاتب فجاز للمكاتب كسراء الأجانب وينفسخ النكاح بذلك ،
وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا ينفسخ لأن المكاتب لا يملك بدليل أنه
لا يجوز له التبري ولا يعتق والده وولده إذا اشتراه فأشبهه العبد القن .

ولنا : أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه ثبت له الشفعة على سيده
ولسيده عليه ويجرى الربا بينه وبينه وإنما منع من التبري لتعلق حق سيده بما
في يده كما يمنع الراهن من الوطء مع ثبوت ملكه ولم يعتق عليه ذوو رحمه لذلك
فإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه لأنه أجنبي منه .

(فصل : وإذا زوج السيد ابنه من مكاتبه برضاها ثم مات السيد وكانت من
ورثته انفسخ النكاح وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا ينفسخ النكاح لأنها
لا ترثه وإنما تملك نصيبها من الدين الذي عليه بدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب
من الدين عتق وكان الولاء للبيت لا للوارث فإن عجز وعاد رقيقا انفسخ النكاح
حينئذ لأنها ملكت نفسها منه .

ولنا : أن المكاتب مملوك لسيده لا يعتق بموته فوجب أن ينتقل إلى ورثته
كسائر أملاكه ولأنها لا يجوز لها ابتداء نكاحه لأجل الملك فانفسخ نكاحها
بتجدد ذلك فيه كالعبد القن . وأما كون الولاء للبيت فلأن السبب وجد منه
فتنسب العتق إليه وثبت الولاء له ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله أو ترث
نصيبها منه لأنها إذا ملكت منه جزءا انفسخ النكاح فيه فيبطل في باقيه لأنه
لا يتجزأ وكذلك لو اشترت زوجها أو جزءا منه أو ورثت شيئا من العبد القن
بطل نكاحها وإن كانت لا ترث أباهما لما منع من موانع الميراث فنكاحها باق بحاله
والحكم في سائر الورثة من النساء كالحكم في البنات وكذلك لو تزوج رجل مكاتبه
فورثها أو ورث شيئا منها انفسخ نكاحه لذلك والله أعلم .

« مسأله ، قال (وإذا كان العبد لثلاثة فجاءهم بثلاثمائة درهم فقال بيعوني
نفسى بها فأجابوه فلما عاد إليهم ليكتبوا له كتابا أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئا
وشهد الرجلان عليه بالآخذ فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين إذا كانا عدلين
ويشاركهما فيما أخذ من المال وليس على العبد شيء)

اعترض على الخرقى في هذه المسألة حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما في يده مع أنه قد ذكر في باب العتق إذا قال العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال واعتقني فاشتراه بعين المال كان الشراء والعتق باطلين ويكون السيد قد أخذ ماله، وقد أجاب القاضي عن هذا الإشكال بوجوه، منها: أن يكون مكاتبا، وقوله يبعوني من نفسي بهذه أى أعجل لكم الثلاثمائة وتضعون عني ما بقي من كتابتي، واهذا ذكرهما في باب المكاتب.

الثاني: أن يكون المال في يد العبد الاجنبي قال له اشتر نفسك بهامن غير أن يملكه إياها.

الثالث: أن يكون عتقا بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر. الرابع: أن يكون رضى سادته ببيعه نفسه بما في يده وفعلهم ذلك معه اعتاق منهم له مشروطا بتأدية ذلك اليهم فتكون صورته صورة البيع، ومعناه العتق بشرط الاداء كما لو قال بعتك نفسك بخدمتي سنة، فإن منافعه ملوكة لسيده، وقد صح هذا فيها فكان ههنا، وهذا الوجه أظهرها ان شاء الله تعالى لانه لا يحتاج الى تأويل، ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يجز تأويله بغير دليل، وإذا تعذر هذا فمتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق لان البيع يخرج به من ملكهم ولا يثبت عليه ملك آخر، الا أنه ههنا لا يعتق الا بالقبض لانا جعلناه عتقا مشروطا بالقبض، وبهذا قال الخرقى فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين الذين شهدا بالقبض، ولو عتق بالبيع اعتق باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض.

ومتى أنكر أحدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه فـ كانا عداين قبلت شهادتهما لانهما عدلان شهدا للعبد بأداء ما يعتق به فقبلت شهادتهما كالاجنبيين ورجع المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيما أخذه لانهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد، والعبد مشترك بينهما فثمنه يجب أن يكون بينهم، ولان ما في يد العبد لهم والذي أخذه كان في يده فيجب أن يشترك الجميع فيه ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركتهم لهما فيه نفع لهما فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت شهادتهما فيما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به كما لو أقر بشيء لغيرهما لهما فيه نفع فإن اقرارهما يقبل فيما عليهما دون مالهما.

وقياس المذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض لأنهما يدفعان بها عن أنفسهما مغرماً ، ومن شهد شهادة جر إلى نفسه نفعا بطلت شهادته في الكل وإنما يقبل ذلك في الإقرار لأن العدالة غير معتبرة فيه والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة ؛ فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين بإقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على القبض ، وله مطالبته بنصيبه أو مشاركة صاحبه فيما أخذ ، فإن شاركهما أخذ منهما ثلثي مائة ورجع على العبد بتهام المائة ، ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء لأنه إن أخذ من العبد فهو يقول ظلمني وأخذ مني مرتين ، وإن أخذ من الشاهدين فهما يقولان ظلمنا وأخذ منا مالا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه .

وإن كانا غير عدلين فكذلك سواء قلنا إن شهادة العدلين مقبولة أو لا ، لأن غير العدل لا تقبل شهادته وإنما يؤخذ بإقراره ، فإن أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق إذا حلف إلا أن يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما لأنهما لا يجران إلى أنفسهما بهذه الشهادة نفعا .

(فصل) وإذا كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعى دفعها اليهما وصدقاها عتق ؛ فإن أنكرا ولم تكن بينة فالقول قولهما مع أيمانهما ، وإن أقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر ؛ وأما المنكر فعلى قول الخرقي تقبل شهادة شريكه عليه إذا كان عدلاً فيحلف العبد مع شهادته ويصير جراً ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه ،

وأما القياس فيقتضى أن لا تسمع شهادة شريكه عليه لأنه يدفع بشهادته عن نفسه مغرماً والقول قول سيده مع يمينه ، فإذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون ، لأن ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما . فإن قيل فالتكر ينكر قبض شريكه فكيف يرجع عليه ؟ قلنا إنما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ، ويجوز أن يكون قد قبض فلم يعلم به ، وإذا أقر بتصوره لزمه حكم إقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه ، فإن قيل لو كان عليه دين لاثنين فوفى أحدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم يرجع ههنا

قلنا إن كان الدين ثابتا بسبب واحد فما قبض أحدهما منه يرجع الآخر عليه كسألتنا ، وعلى أن هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم إنما يتعلق بذمته فحسب والسيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب ولا يدفع شيئا منه إلى أحدهما إلا كان حق الآخر ثابتا فيه .

إذا ثبت هذا : فإنه ان رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك فيه على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء ، لأنه إنما قبض حقه ، وان رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذه منه لما ذكرنا من قبل .

وان عجز العبد عن أداء ما يرجع به عليه فله تعجيله واسترقاقه ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ورجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسرى الحرية فيه ، لأن الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة في جميعه وأن هذا المنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه ظالم باسترقاقه ، والمنكر يدعى رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شيء منه ، لأنه يزعم أني ما قبضت نصيبي من كتابته وشريكي إن قبض شيئا فقد استحق نصفه بغير إذني فلا يعتق شيء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين ، لأن السراية إنما تكون فيما إذا عتق بعضه وبقى بعضه رقيقاً وجميعهم يتفقون على خلاف ذلك ، وهذا المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه .

(فصل)

فإن ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما ليدفع إلى شريكه حقه ويأخذ الباقي وأنكر المدعى عليه حلف وبرى ، وإذا قال إنما دفعت إلى حقى وإلى شريكي حقه ولا بينة للعبد فالقول قول المدعى عليه في أنه لم يقبض إلا قدر حقه مع يمينه ولا نزاع بين العبد وبين الآخر لأنه لم يدع عليه شيئا وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبة بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه ، فإن اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين ، وإن اختار الرجوع على شريكه بنصفه فالشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئا ، لأنه لو أقر بذلك لسقط حقه من الرجوع

فإذا أنكره لزمته اليمين ، فإن شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين . أحدهما : أن المكاتب لم يدع عليه شيئا وإنما تقبل البيعة إذا شهدت بصدق المدعى .

والثاني : أنه يدفع عن نفسه مفرما ، فإن عجز العبد فلغير القابض أن يسترى نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه لأن العبد معترف برقه غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف التي قبلها .

ويحتمل أن لا تقوم أيضا لأن القابض يدعى حريه جميعه والمنكر يدعى ما يوجب رق جميعه فإنهما يقولان ما قبضه قبضه بغير حق ولا يتفق حتى يسلم الى مثل ما سلم اليه ، فإذا كان أحدهما يدعى رق جميعه والآخر يدعى حرية جميعه فما اتفقا على حرية البعض دون البعض .

فصل

وان اعترف المدعى بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب ، وقال قد دفعت الى شريكى نصفها فأنكر الشريك فالقول قوله مع يمينه وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه وللرجوع عليه أن يخلفه ، فإن رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك لأنه اعترف بقبض المائة كلها ويعتق المكاتب لأنه وصل الى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه بشيء لأنه يعترف له بأداء ما عليه وبراءته منه ، وإنما يزعم أن شريكه ظلمه ولا يرجع على غير ظلمة فإن رجع على العبد فله أن يأخذ منه الخمسين لأنه يزعم أنه ما قبض شيئا من كتابته وللعبء الرجوع على القابض بها سواء صدقه في دفعها إلى المنكر أو كذبه ، لأنه وإن دفعها فقد دفعها دفعا غير مبرأ فكان مفرطا ويعتق العبد بأدائها فإن عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها فإن تعذر ذلك فله تعجيله واسترقاق نصفه ومشاركة القابض في الخمسين التي قبضها عوضا عن نصيبه ويقوم على الشريك القابض أن كان موسرا إلا أن يكون العبد يصدقه في دفع الخمسين الى شريكه ، ولا يقوم لأنه يعترف أنه حر وأن هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر ، وإن أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها الى المنكر فامتنع من ذلك فهل يملك المنكر تعجيله واسترقاق نصفه ؟ على وجهين بناء على القول في تعجيل العبد نفسه مع القدرة على

الآداء ان قلنا له ذلك فللمنكر استرقاقه وان قلنا ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه
لانه قادر على الآداء .

فإن قيل : فلم لا يرجع المنكر على القابض بنصف ما قبضه إذا استرق نصف
العبد ؟ قلنا لانه لو رجع عليه بها كان قابضاً بجميع حقه من مال الكتابة فيعتق
المكاتب بذلك إلا أن يتعذر قبضها في نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد
ذلك فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة في بلد آخر وتعذر تسليمها حتى
فسخت الكتابة والله أعلم .

« مسألة ، قال (واذا قال السيد كاتبك على ألفين وقال العبد على ألف قال قول
قول السيد مع يمينه)

قال القاضي هذا المذهب نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية الكوسج ،
وهو قول الثوري والأوزاعي وإسحاق ، وقال أبو بكر اتفق أحمد والشافعي على
أنهما يتحالفان ويترادان ، وهو قول أبي يوسف ومحمد لأنهما اختلفا في عوض
العقد القائم بينهما فيتحالفان إذا لم تكن بينة كالمثبايعين ، وحكى عن أحمد (رض)
رواية ثالثة أن القول قول المكاتب ، وهو قول أبي حنيفة لانه منكر للألف —
الزائد والقول قول المنكر ولانه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام
« ولكن اليمين على المدعى عليه » .

ولنا أنه اختلاف في الكتابة فالقول قول السيد فيه كما لو اختلفا في أصلها ،
وفارق البيع من وجهين .

أحدهما : أن الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار إليه والأصل
في المكاتب وكسبه أنه لسيده فالقول قوله فيه .

والثاني : أن التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة فان
الحاصل منه يحصل يمين السيد وحده وبيان ذلك أن الحاصل بالتحالف — فسخ
الكتابة ورد العبد الى الرق اذا لم يرض بما جلف — عليه سيده وهذا يحصل من
جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف — مع عدم فائدته وإنما قدمنا
قول المنكر في سائر المواضع لان الأصل معه والأصل ههنا مع السيد لان الأصل

ملكه العبد وكسبه ، فاذا ثبت هذا : فتم حلف السيد ثبتت الكتابة بألفين كما لو اتفقا عليها ، وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده ، مثل أن يدفع إليه ألفين فيعتق ثم يدعى المكاتب أن أحدهما عن الكتابة والآخر وديعة ، ويقول السيد هما جميعا مال الكتابة ، ومن قال بالتحالف قال إذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة إلا أن يرضى بقول صاحبه ، وإن كان التحالف بعد العتق في مثل الصور التي ذكرناها لم ترتفع الحرية لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا إعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى إليه ، فإن كان من جنس واحد تقاصا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله .

(فصل) وإن اختلفا في أداء النجوم فقال المكاتب أديت وعتقت وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه لأنه منكر والقول قول المنكر ، واختلفا في إبرائه من مال الكتابة أو شيء منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك .

(فصل)

وإن كاتب عبدین واستوفى من أحدهما ولم يدر من أيهما استوفى فقياس المذهب أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر ، كما لو أعتق عبدا من عبيده وأنسيه ، فإن ادعى الآخر عليه أنه أدى فعليه اليمين أنه ما أدى إليه ، فإن نكل عتق الآخر ، فإن مات السيد قبل القرعة أفرع الورثة ، فإن ادعى الآخر عليهم أنه المؤدى فعليهم اليمين أنهم لا يعلمون أنه أدى لأنها يمين على نفي فعل الغير فإن أقام أحد العبدین بينة أنه أدى عتق ، سواء كان قبل القرعة أو بعدها في حياة السيد أو بعد موته ، فإن كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر ، وإن كان بعدها فكذلك لأن القرعة ليست عتقا وإنما هي معينة للعتق واليمين أقوى منها فثبت بها خطأ القرعة فتبين بقاء الرق في الذي ظننا حرية كما تبيننا حرية من ظننا رقه ، ولأن من لم يؤد لا يصير مؤديا بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذي هو العتق ، ويتخرج على قول أبي بكر وابن حامد أن يعتقا على ما ذكرناه في الطلاق وكذلك الحكم فيها إذا ذكر السيد المؤدى منهما .

ومتى ادعى الآخر أنه أدى فله اليمين على المدعى عليه ، سواء كان السيد أو ورثته إلا أنه إن كان المدعى عليه السيد فاليمين على البت ، وإن كانت على ورثته فاليمين على نفي العلم إلا أن يدعى الاداء اليهم فتكون أيمانهم على البت أيضا ، وعلى كل واحد من الورثة يمين ، لأن كل واحد منهم يدعى عليه فلزمته اليمين ، كما لو انفرد بالدعوى .

(فصل) إذا كان للمكاتب أولاد من معتقة آخر غير سيده فقال سيده قد أدى الى وعتق فأنجز ولاء ولده الى فانكر ذلك مولى أمهم وكان المكاتب حيا فقد صار حراً بهذا القول فإنه اقرار من سيده بعتقه وينجز ولاء ولده اليه ، وإن كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم لأن الأصل الرق وبقاء ولائهم له فيحلف ويبقى ولاؤهم له .

« مسألة ، قال (وإذا أعتق الامة أو كاتبها وشرط ما في بطنها أو أعتق ما في بطنها دونها فله الشرط)

روى نحو هذا القول عن ابن عمر وأبي هريرة والنخعي وإسحاق وابن المنذر . وقال ابن سيرين : له ما استثنى . وقال عطاء والشعبي : إذا استثنى ما في بطنها فله استثناءه .

وقال مالك والشافعي : لا يصح استثناء الجنين لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثبائء إلا أن تعلم ، ولأنه لا يصح استثناءه في البيع فلا يصح في العتق كبعض أعضائها :

ولنا قول ابن عمر وأبي هريرة ولم نعلم لهما مخالفاً في الصحابة ، قال أحمد : أذهب الى حديث ابن عمر في العتق ولا أذهب اليه في البيع .

وقد روى الاثرم بإسناده عن ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى ما في بطنها ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون على شروطهم » وهذا قد شرط ما في بطن معتقه فكان له بمقتضى الخبر ، ولأنه يصح اقراره بالعتق فصح استثناءه . وأما خبرهم فنقول به ، والحمل معلوم فيصح استثناءه بمقتضى الحديث ، ويفارق

البيع فإنه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض أم لا ؟ والعقد تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة بها ، ويكفي العلم بوجوده وقد علم ذلك ، ولذلك صح افراد الحمل بالعقد ولم يصح افراده بالبيع ، ولأن استثناءه في البيع اذا بطل بطل البيع كله ، وههنا اذا بطل استثناءه لم يبطل العقد في الامة ويسرى الاعتاق اليه فكيف يصح اعتاقه مع تضاد الحكم فيهما ؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها لان العضو لا يتصور انفراده بالرق والحرية دون الحمل ، وكذلك لو أعتق عضوا من أمته صارت كلها حرة فإذا أعتق بعضها سرى الى المستثنى ، والولد حيوان منفرد لو أعتقه لم تسر الحرية الى أمه ويصح انفراده بالحرية عن أمه فيما اذا أعتقه دونها وفي ولد المغرور بحرية أمه وفيما اذا وطئ بشبهة وفي ولد أم الولد وغير ذلك لا يمكن ذلك في بعض الاعضاء ، ولأن الولد يرث ويورث ويوصى به وله ، واذا قتل كان بدله موروثا ولا تختص به أمه ، وتجب الكفارة بقتله والدية في مقابلته فكيف يصح قياسه على أعضائها ؟ فأما ان أعتق ما في بطنها دونها فلا أعلم خلافا فيه .

قال اسحاق بن منصور : سئل سفيان عن رجل قال ما في بطنك حر ؟ قال هو حر والام مملوكة لان ولدها منها وليست هي من ولدها ، قال أحمد : واسحاق جيد . وقال مهنا : سألت أحمد رضي الله عنه عن رجل زوج أمته فقالت فقد حبلت فقال لها مولاهما ما في بطنك حر ولم تكن حاملا ؟ قال لا تعتق . فأعدت عليه القول مرة أخرى ، فقال لا يكون شيء انما أراد ما في بطنها فلم يكن شيء . قال المروذي : وسئل أبو عبد الله عن رجل أعتق عبدا له واستثنى منه خدمته شهرا ، فقال جائز .

مسألة ، قال (ولا بأس أن يجعل المكاتب لسيد بعض كتابته ويضع عنه بعض كتابته)

وجملته أنه اذا كاتبه على ألف في نجمين الى سنة ثم قال عجل لي خمسمائة منه حتى أضع عنك الباقي أو حتى أبرئك من الباقي ، أو قال صالحني منه على خمسمائة

معجزة جاز ذلك ، وبه يقول طاوس والزهرى والنخعي وأبو حنيفة ، وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبي .

وقال الشافعي : لا يجوز لأن هذا بيع ألف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية ، وهو أن يزيد في الدين لأجل الأجل ، وهذا أيضا هبة ، ولأن هذا لا يجوز بين الأجانب ، والربا يجري بين المكاتب وسيده فلم يجز هذا بينهما كالأجانب .

ولنا أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح ، بدليل أنه لا يجبر على أدائه ، وله أن يتمتع من أدائه ، ولا تصح الكفالة به وما يؤديه إلى سيده كسب عبده وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفا عن المكاتب فإذا أمكنه التعجيل على وجه يسقط عنه بعض ما عليه كان أبلغ في حصول العتق وأخف على العبد ، ويحصل من السيد إسقاط بعض ماله على عبده ، ومن الله تعالى إسقاط ما أوجبه عليه من الأجل لمصاحته ، ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ، ويفارق الأجانب من حيث أن هذا عبده فهو أشبه بعبده القن .

وقولهم إن الربا يجري بينهما فتمنعه على ما ذكر ابن أبي موسى ، وإن سلمناه فإن هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه ، وهذا يخالف ربا الجاهلية فإنه إسقاط لبعض الدين ، وربي الجاهلية زيادة في الدين ، وربي الجاهلية يفضى إلى نقاد مال المدين وتحمله من الدين ما يعجز عن وقائه فيحبس من أجله ويؤسر به ، وهذا يفضى إلى تعجيل عتق المكاتب وخلاصه من الرق والتخفيف عنه فافترقا .

{ فصل }

فإن اتفقا على الزيادة في الأجل والدين ، مثل أن يكاتبه على ألف في نجمين إلى سنة يؤدي في نصفها خمسمائة وفي آخرها الباقي ، فيجعلانها إلى سنتين بألف ومائتين في كل سنة ستمائة أو مثل أن يحمل عليه نجم فيقول آخر في به إلى كذا وأزيدك كذا فيحتمل أنه لا يجوز لأن الدين المؤجل إلى وقت لا يتأخر أجله عن وقته باتفاقها عليه ولا يتغير أجله بتغيره ، وإذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التي في مقابلته ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم ، وهو الزيادة في الدين للزيادة في الأجل .

وفارق المسألة الاولى من هذين الوجهين، فإن قيل فكما أن الأجل لا يتأخر كذلك لا يتعجل ولا يصير الدين المؤجل حالا فلم جاز في المسألة الاولى ؟ قلنا : إنما جاز في المسألة الاولى بالتعجيل فعلا ، فإنه اذا دفع اليه الدين المؤجل قبل محله جاز ، وجاز للسيد اسقاط باقى حقه عليه ، وفي هذه المسألة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسألة الاولى ، وهو ممتنع من وجه آخر لأن في ضمن الكتابه انك متى أدبت الى كذا فأنت حر ، فإذا أدى اليه ذلك فينبغي أن يعتق .

فإن قيل : فإذا غير الأجل والعوض فكأنهما فسخا الكتابة الاولى وجعلها كتابة ثانية ، قلنا : لم يجر بينهما فسخ وإنما قصدا تغيير العوض والأجل على وجه لا يصح فيبطل التغيير ويبقى العقد بحاله ، ويحتمل أن يصح ذلك كما في المسألة الاولى ، فعلى هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع أحدهما فإن له الرجوع ؛ وكذلك في المسألة الاولى لو قال أعجل لك مال الكتابة وتسقط عني منه كذا ؟ فقال نعم ثم رجع أحدهما قبل التعجيل فله الرجوع ، لما ذكرنا من أن الدين المؤجل لا يتأخر عن أجله ولا يتقدم ، وإنما له أن يؤديه قبل محله ، ولئن له الدين ترك قبضه في محله ، وذلك الى اختياره فاذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك .

(فصل)

فإن صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه ، مثل أن يصالحه عن النقود بخنطة أو شعير جاز ، إلا أنه لا يجوز أن يصالحه على شيء مؤجل ، لأنه يكون بيع دين بدين ، وإن صالحه عن الدرام بدنانير أو عن الخنطة بشعير لم يجز التصرف قبل القبض لأن هذا بيع في الحقيقة فيشترط له القبض في المجلس .

وقال القاضى : يحتمل أن لا تصح هذه المصالحة مطلقا لأن هذا دين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره ، ولأنه دين غير مستقر فهو كدين السلم .

وقال ابن أبى موسى : لا يجرى الربا بين المكاتب وسيده ، فعلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما يجوز ذلك بين العبد القن وسيده ، والأولى ما ذكرناه ، وفارق دين الكتابة دين السلم ، فإنه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسألة ففارقته لدين السلم أعظم وأقبح أعلم .

« مسألة ، قال (وإذا كان العبد بين اثنين فكاتبه أحدهما فلم يؤد كل كتابته حتى أعتق الآخر وهو موسر فقد صار العبد كله حراً ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته)

قد ذكرنا فيما تقدم أن العبد المشترك يجوز لأحد الشريكين كتابة نصيبه منه بغير إذن شريكه ويبقى سائر غير مكاتب ، فإذا فعل هذا فأعتق الذي لم يكتبه حصته منه وهو موسر عتق وسرى العتق إلى باقيه فصار كله حراً ويضمن لشريكه قيمة حصته منه ويكون المرجوع بقيمته مكاتباً يبقى على ما بقي من كتابته ، لأن الرجوع عليه بقيمة ما ألتف ، وإنما ألتف مكاتباً ، وإن كان المعتق معسراً لم يسر العتق على ما مضى في باب العتق .

وقال أبو بكر والقاضي : لا يسرى العتق في الحال لكن ينظر ، فإن أدى كتابته عتق باقيه بالكتابة وكان ولاؤه بينهما ، وإن فسخت كتابته لعجزه سرى العتق وقوم عليه حينئذ ، لأن سرية العتق في الحال مفضية إلى إبطال الولاء الذي انعقد سببه ، ونقله عن المكاتب إلى غيره .

وقال ابن أبي ليلى : عتق الشريك موقوف حتى ينظر ما يصنع في الكتابة ، فإن أداها عتق وكان المكاتب ضامناً لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب ، وإن عجز سرى عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وكان ولاؤه كله له وأما مذهب الشافعي فلا تجوز كتابة أحد الشريكين إلا أن يآذن فيه شريكه فيكون فيه قولان فإذا كاتبه بآذن شريكه ثم أعتق الذي لم يكتب فهل يسرى في الحال أو يقف على المعجز ؟ فيه قولان .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركاً له في عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة عدل ، وهذا داخل في عمومه ، ولأنه عتق لجزء من العبد من موسر غير محجور عليه فسرى إلى باقيه ، كما لو كان قناً ، ولأن مقتضى السراية متحقق والمانع منها لم يثبت كونه مانعاً ، فإنه لا نص فيه ولا أصل له يقاس عليه فوجب أن يثبت .

وقولهم : أنه يفضى إلى إبطال الولاء ، قلنا : إذا كان العتق يؤثر في إبطال

الملك الثابت المستقر الذى الولاء من بعض آثاره فلأن يؤثر فى نقل الولاء بمفرده أولى ، ولأنه لو أعتق عبداً له أولاد من معتقة قوم نقل ولائهم اليه ، فإذا نقل ولأولادهم الثابت بإعتاق غيرهم فلأن ينقل ولأولادهم لم يثبت بعد بإعتاق من عليه الولاء أولى ، ولأنه نقل الولاء ثم عمن لم يغرم له عوضاً فلأن ينقله بالعوض أولى ، فانتقال الولاء فى موضع جر الولاء ينبه على سرابة العتق ، وانتقال الولاء الى المعتق لكونه أولى منه من ثلاثة أوجه .

أحدها : أن الولاء ثم ثابت وههنا بغرض الثبوت .
والثانى : أن النقل حصل ثم بإعتاق غيره وههنا بإعتاقه .
والثالث : أنه انتقل ثم بغير عوض وههنا بعوض .

(فصل) وإن كان المعتق معسراً لم يسر عتقه وكان نصيبه حراً وباقية على الكتابة ، فإن أدى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما ، وإن عجز عاد الجزء المكاتب رقيقاً قنا إلا على الرواية التى تقول يستسعى العبد فانه يستسعى عند عجزه فى قيمة باقية ولا يستسعى فى حال الكتابة لأن الكتابة سعاية فيما اتفقا عليه فاستغنى بها عن السعاية فيما يحتاج الى التقويم ، فإذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع الى السعاية فى القيمة والله أعلم .

(فصل)

ونقل عن أحمد رضى الله عنه أنه سئل عن عبد بين شريكين فكاتباه على ألف درهم فأدى اليهما تسعمائة لهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ولهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ثم إن أحدهما أعتق نصيبه ؟ قال : إن كان للمعتق مال أدى إلى شريكه نصف قيمة العبد لا يحاسبه بها أحد لانه عبد ما بقى عليه درهم ، ولأنه قد يجوز أن يعجزه فيعود الى الرق أو يموت فيكون عنده مال فهو بينهما ، ونقل عنه حنبل أنه يعتق إلا نصف المائة على هذا ويكون الولاء على قدر ما أعتق ، فالرواية الأولى توافق قول الحرقى فانه أوجب على المعتق غرامة نصف قيمة العبد ، وينبغي أن تجب نصف قيمته على الصفة التى عتق عليها وهو كونه مكاتباً قد أدى كتابته إلا مائة منها وهى عشرها .

وأما رواية حنبل . فيحتمل أن تكون على ما قال أبو بكر والقاضي : في أنه لا يسرى العتق إلى الجزء المكاتب لغيره . وقد نصرنا الرواية الأولى بما ذكرناه والله أعلم .

« مسأله ، قال (وإذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان قد تصدق عليه بشيء فهو لسيده)

وجملته أن المكاتب إذا عجز وفي يده مال ورد في الرق فهو لسيده ، سواء كان من كسبه أو من صدقة تطوع أو وصية ، وما كان من صدقة مفروضة فقيه روايتان .

إحداهما : هو لسيده ، وهو قول أبي حنيفة ، وقال عطاء يجعله في السبيل أحب إلى وإن أمسكه فلا بأس .

الرواية الثانية . يؤخذ ما بقي في يده فيجعل في المكاتبين ، نقلها حنبل وهو قول شريح والنخعي والثوري ، واختار أبو بكر والقاضي : أنه يرد إلى أربابه وهو قول إسحاق لأنه إنما دفع إليه ليصرف في العتق ، فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالغازي والغارم وابن السبيل .

ولنا أن ابن عمر رد مكاتباً في الرق فأمسك ما أخذه منه ، ولأنه يأخذ لحاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين ، وأما الغازي فإنه يأخذ لحاجتنا إليه بقدر ما يكفيه لغزوه ، وأما الغارم فإن غرم لإصلاح ذات البين فهو كالغازي يأخذ لحاجتنا ، وإن غرم لمصلحة نفسه فهو كسألتنا لا يرده .

فصل

وأما ما أداه إلى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال ، لأن المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ملكاً مستقراً فلم يزل ملكه عنه ، كما لو عتق المكاتب ، ويغارق ما في يد المكاتب لأن ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا ، والخلاف في ابتداء ثبوته ، وما تلف في يد المكاتب لم يرجع عليه به سواء عجز أو أدى ، لأن ماله تلف في يده فأشبهه مالهو تلف ما في يد سائر أصناف الصدقة ، وإن اشترى به عرضاً وعجز والعوض في يده فقيه من الخلاف مثل ماله

وجد بعينه ، لأن العرض عوضه وقائم مقامه فأشبهه ماله أعطى الغازي من الصدقة ما اشترى به فرسا وسلاحاً ثم فضل ذلك عن حاجته .

(فصل) وموت المكاتب قبل الاداء كعجزه فيما ذكرنا ، لأن سيده يأخذ ما في يده قبل حصول مقصود الكتابة ، وإن أدى وبقي في يده شيء فحكمه في رده أو أخذه لنفسه حكم سيده في ذلك عند عجزه ، لأن ما لم يؤده في كتابته بقي بعد زوالها ، وإن كان قد استدان ما أداه في الكتابة وبقي عنده من الصدقة بقدر ما يقضى به دينه لم يلزمه رده لأنه محتاج إليه بسبب الكتابة ، فأشبه ما يحتاج إليه في أدائها .

« مسألة ، قال (وإذا اشترى المكاتبان كل واحد منهما الآخر صح شراء الأول وبطل شراء الآخر) »

لا خلاف في أن المكاتب يصح شراؤه للعبيد والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا ، فإذا اشترى أحد المكاتبين الآخر صح شراؤه ومملكه ، لأن التصرف صدر من أهله في محله ، وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد أو لسيدين ، فإذا عاد الثاني فاشترى الذي اشتراه لم يصح ، لأنه سيده ومالكه ، وليس للمملوك أن يملك ماله لأنه يفضى إلى تناقض الأحكام ، إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه أنا سيدك ولي عليك مال الكتابة تؤديه إلى ، فإن عجزت فلي فسخ كتابتك وردك إلى أن تكون رقيقاً لي وهذا تناقض ، وإذا تنافى أن تملك المراق زوجها ملك اليمين لتبوت ملكه عليها في النكاح فهنا أولى ، ولأنه لو صح هذا لتقاص الدينان إذا تساويا وعتقا جميعاً .

فإذا ثبت هذا فشراء الأول صحيح والمبيع ههنا باق على كتابته ، إن أدى عتق وولاه موقوف ، فإن أدى سيده كتابته كان له لأنه عتق بأدائه إليه ، فإن عجز فولاه لسيده لأن العبد لا يثبت له ولأه ولا لغيره لأن السيد يأخذ ماله فكذلك حقوقه . هذا مقتضى قول القاضي ومقتضى قول أبي بكر أن الولاء لسيده ، لأن المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده ، وكذلك فيما إذا عتق بأذن سيده أو كاتب عبده فأدى كتابته وهذا نظيره ، ويحتمل أن يفرق بينهما لكون العتق ثم بأذن

السيد فيحصل الإتمام منه بإذنه فيه ، وههنا لا يفتقر الى اذنه فلا نعمة له عليه فلا يكون له عليه ولاء ما لم يعجزه سيده والله أعلم .

(فصل) وان لم يعلم السابق منهما فقال أبو بكر يبطل البيعان ويرد كل واحد منهما الى كتابته ، لان كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد الى اليقين ؛ وذكر القاضى أنه يجرى مجرى ما اذا زوج الوليان فأشكل الاول منهما فيقتضى هذا أن يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان ، وعلى قول أبي بكر لا حاجة الى الفسخ لان النكاح إنما احتيج الى فسخه من أجل المرأة ، فإنها منسكوحة نكاحا صحيحا لو احدى منهما يقينا فلا يزول الا بفسخ ، وفي مسألتنا لم يثبت تعيين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر الى فسخ .

(فصل) واذا كاتب عبيدا له صفقة واحدة بعوض واحد ، مثل أن يكاتب ثلاثة أعبد له بالالف صح في قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء وسليمان بن موسى وأبو حنيفة ومالك والحسن بن صالح واسحق ، وهو المنصوص عن الشافعى رضى الله عنه .

وقال بعض أصحابه : فيه قول آخر لا يصح ، لان العقد مع ثلاثة كعقود ثلاثة ، وعوض كل منهم مجزول فلم يصح ، كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد .

وانا أن جملة العوض معلومة وانما جعل تفصيلها فلم تمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد ، وعلى قول من قال ان العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضا تفصيل العوض ، وعلى كل واحد منهم ثلث ، وكذا يقول فيألو باعهم اثلاثة اذا ثبت هذا فان كل واحد منهم مكاتب بحصته من الالف ويقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لانه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فاذا أداه عتق ، هذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعى واسحق وقال أبو بكر عبد العزيز : يتوجه لابي عبد الله قول آخر أن العوض بينهم على عدد رؤسهم فيتسارون فيه لانه أضيف اليهم اضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو أقر لهم بشىء .

ولنا أن هذا عوض فتقسط على المعروض كما لو اشترى شئها وسيها وكما لو اشترى عبداً فرد واحداً منهم يعيب أو أتلف أحدهم ورد الآخر ، وبخالفه الاقرار فإنه ليس بعوض .

إذا ثبت هذا فأيهم أدى حصته عتق ، وهذا قول الشافعي .

وقال ابن أبي موسى : لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة ، وحكى ذلك عن أبي بكر ، وهو قول مالك ، وحكى عنه أنه إذا امتنع أحدهم عن الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقيون ، واحتجوا بأن الكتابة واحدة ، بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقيين ولا يحصل العتق إلا بأداء جميع الكتابة ، كما لو كان المكاتب واحداً .

وقال أبو حنيفة . إن لم يقل لهم السيد إن أدبتم عتقتم فأيهم أدى حصته عتق وإن أدى جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبيه بشيء ، وإن قال لهم إن أدبتم عتقتم لم يعتق واحد منهم حتى تؤدي الكتابة كلها ويكون بعضهم حميلاً عن بعض ويأخذ أيهم شاء بالمال ، وأيهم أداها عتقوا كلهم ورجع على صاحبيه بخصتهما . ولنا أنه عقد معاوضة مع ثلاثة فاعتبر كل واحد منهم بأداء حصته ، كما لو اشترى عبداً وكما لو لم يقل لهم إن أدبتم عتقتم على قول أبي حنيفة فإن قوله ذلك لا يؤثر لأن استحقاق العتق بأداء العوض لا بهذا القول ، بدليل أنه يعتق بالأداء بدون هذا القول ، ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق ولا نسلم أن هذا العقد كتابة واحدة ، فإن العقد مع جماعة عقود ، بدليل البيع ، ولا يصح القياس على كتابة الواحد لأن ما قدره في مقابلة عتقه ، وههنا في مقابلة عتقه ما يخصه فافترقا .

إذا ثبت هذا فإنه إن شرط عليهم في العقد أن كل واحد منهم ضامن عن الباقيين فالشرط فاسد والعقد صحيح ، وقال أبي الخطاب في الشرط رواية أخرى أنه صحيح ، وأخرجه ابن حامد وجهاً بناءً على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة وقال الشافعي رضي الله عنه العقد والشرط فاسدان ، لأن الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه ، لأن السيد إنما رضي بالعقد بهذا الشرط فإذا لم يثبت لم يكن راضياً بالعقد ، وقال مالك وأبو حنيفة العقد والشرط صحيحان لأنه مقتضى العقد عندهما .

ولنا أن مال الكتابة ليس يلزم ولا ماله إلى الزوم فلم يصح ضمانه ، كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق فقال إن أدبت إلى ألفاً فأنت حر ، ولأن الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه ، ومال الكتابة لا يلزم المكاتب ، فلا يلزم الضامن ، ولأن الضمان تبرع وليس للمكاتب التبرع ، ولأنه لا يملك الضمان عن حر ولا عن ليس معه في الكتابة ، فكذلك من معه ، وأما العقد فصحح لأن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة ، وسنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى .

(فصل) إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته ، نصر عليه أحد رضى الله عنه في رواية جنبل ، وكذلك إن أعتق بعضهم ، وعن مالك إن أعتق السيد أحدهم وكان مكتسباً لم ينفذ عتقه لأنه يضر بالباقيين ، وإن لم يكن مكتسباً نفذ عتقه لعدم الضرر فيه ، وهذا مبنى على أنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة ، وقد مضى الكلام فيه .

فصل

فإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل أداء ما عليه بغير علم سيده لم يصح ، لأن هذا تبرع وليس له التبرع بغير إذن سيده وإن كان قد حل عليه نجم صرف ذلك فيه ، وإن لم يكن حل عليه نجم الله الرجوع فيه ، وإن علم السيد بذلك ورضى بقبضه عن الآخر صح ، لأن قبضه له راضياً به مع العلم دليل على الإذن فيه فجاز كمالو إذن فيه تصريحاً ، وإن كان الأداء بعد أن عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم ، فإذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه نظرنا فإن كان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به ، وإن أداه محتسباً بالرجوع عليه وكان الأداء بإذن المؤدى عنه فهو قرض يلزمه أدائه كمالو اقترضه منه ، وإن كان بغير إذنه لم يرجع عليه لأنه تبرع عليه بأداء مالا يلزمه ، كمالو تصدق عنه صدقة تطوع وبهذا فارق سائر الديون ، وإن كان باذنه وطلب استيفاءه قدم على أداء مال الكتابة كسائر الديون ، وإذا عجز عن أدائه لحكمه حكم سائر الديون ، وهذا كله مذهب الشافعي .

(فصل) ولا يصح ضمان الحر لمال الكتابة ، وذكر القاضي فيه روايتين .

إحداهما : يصح ضمانه لأنه غرض في معاوضة فصح ضمانه كضمن المبيع ولنا ما ذكرناه من قبل ولا يصح قياسه على الثمن لأنه لازم وهذا غير لازم (فصل) وإذا أدوا ما عليهم أو بعضه ثم اختلفوا فقال من كثرت قيمته أدى كل واحد منا بقدر ما عليه فلا فضل لأحدا على صاحبه وقال من قلت قيمته أدينا على السواء فلي الفضل عليك ، أو يكون وديعة لى عند سيدنا فالقول قول الاول لان الظاهر أن من عليه دين لا يؤدي أكثر منه فرجحت دعواه بذلك فإن كان المؤدى أكثر مما عليهم واختلفوا في الزيادة فالقول قول من يدعى التساوى لانهم اشتركوا في أدائه فكانت أيديهم عليهم فاستووا فيه كما لو كان في أيديهم مال فاختلفوا فيه

(فصل) وإن جنى بعضهم جنايته عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه . وقال مالك رضي الله عنه يؤدون كلهم أرشه فإن عجزوا رقوا ولنا قول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يجنى جان إلا على نفسه ، ولأنه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ههنا ، لأن مالا يصح لا يتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالقصاص ، وقد بينا أن كل واحد منهما مكاتب بحصته فهو كالمفرد بعقده .

« مسألة ، قال (وإذا شرط في كتابته أن يوالى من شاء فالولاء لمن أعتق والشرط باطل)

أما الشرط فباطل لا نعلم في بطلانه خلافا ، وذلك لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : كانت في بريرة ثلاث قضايا : أراد أهلها أن يبيعوها ويشرطوا الولاء ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال « اشترىها واعتقها فإنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه ، وفي الحديث الآخر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اشترىها واشترطى لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله (ص) في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد فما بال ناس يشترطون شروطا

ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق ، متفق عليه ، ولأن الولاء لا يصح نقله ، بدليل أن النبي (ص) نهي عن بيع الولاء وهبته وقال : إنما الولاء لمن أعتق ، ولأنه لحمه كالحمة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقرابة ولأنه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق ، كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير الناكح ولا حكم البيع لغير العاقل ، وسواء شرط أن يوالى من شاء أو شرطه لبائعه أو لرجل آخر بعينه ، ولا تفسد الكتاب بهذا الشرط ، نص عليه أحمد رضي الله عنه .

وقال الشافعي رضي الله عنه : يفسد به كما لو شرط عوضا مجهولا ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة في البيع ولنا حديث بريرة فإن أهلها شرطوا لهم الولاء ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بشرائهم مع هذا الشرط وقال : وإنما الولاء لمن أعتق ، ويفارق جهالة العوض فإنه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد بدونه وربما أفضت جهالته إلى التنازع والاختلاف وهذا الشرط زائد فإذا حذفناه بقي العقد صحيحا بحاله .

فإن قيل المراد بقول النبي (ص) : اشترطى لهم الولاء ، أى عليهم ، لأن النبي (ص) لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على ، كقول الله تعالى (وإن أسأتم فلها) أى فعليلها . قلنا هذا لا يصح لوجوه ثلاثة

أحدها : أنه يخالف وضع اللفظ والاستعمال

والثاني : أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط فكيف يأمرها النبي صلى الله عليه وسلم بشرط لا يقبلونه ؟

والثالث أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط لأنه مقتضى العتق وحكمه والرابع أن في بعض الألفاظ لا يمنعك هذا الشرط منها ابتاعى واعتقى ، وإنما أمرها النبي (ص) بالشرط تعريفا لنا أن وجود هذا الشرط كعدمه وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق .

(فصل) وإن اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته أو يرزاهم في موارثهم فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء ، منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر

ابن عبد العزيز والنخعي وإسحاق ، وأجاز إياس بن معاوية أن يشترط شيئا من ميراثه ، ولا يصح لأنه يخالف كتاب الله عز وجل ، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل بقول النبي صلى الله عليه وسلم .

قال سعيد : حدثنا هشيم حدثنا منصور عن ابن سيرين أن رجلا كاتب مملوكه واشترط ميراثه ، فلما مات المكاتب تخاضع ورثته إلى شريح ف قضى شريح بميراث المكاتب لورثته ، فقال الرجل ما يغني عني شرطي منذ عشرين سنة ، فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ، ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله .

(فصل) وان شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز ، وبه قال عطاء وابن شبرمة . وقال مالك والزهري : لا يصح لأنه ينافي مقتضى العقد ، أشبه ما لو شرط ميراثه .

ولنا أنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه أعتق كل من يهلي من سبي العرب وشرط عليهم : إنكم تخدمون الخليفة من بعدى ثلاث سنوات ، ولأنه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبه ما لو شرطها قبل العتق ، ولأنه شرط نفعاً معلوماً أشبه ما لو شرط عوضاً معلوماً ، ولا نسلم أنه ينافي مقتضى العقد فإن مقتضاه العتق عند الأداء وهذا لا ينافيه .

(فصل) وإذا كاتبه على ألفين في رأس كل شهر ألف وشرط أن يعتق عند أداء الأول صح في قياس المذهب ويعتق عند أدائه ، لأن السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح ، فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر ديناً عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به .

مسألة ، قال (وإذا أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأخرجه إلى سيده فأحب أخذه أخذه بما اشتراه فهو على كتابته وإن لم يحب أخذه فهو على ملكه شتره مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالأداء ولاؤه لمن يؤدي إليه)

وجملته أن الكفار إذا أسروا مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فإن أخذ في الغنائم فلم يحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شيء وكان على

كتابته كمن لم يؤسر ، وإن لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الغائبين أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه أو من المشركين وأخرجه إلى سيده فإن سيده أحق به بالثمن الذي ابتاعه به وفيها إذا كان غنيمة رواية أخرى أنه إذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال فيخرج في المشتري مثل ذلك ، وعلى كل تقدير فإن سيده إن أخذه فهو مبقى على ما بقى من كتابته وإن تركه فهو في يد مشتريه مبقى على ما بقى من كتابته فيعتق بالاداء في الموضعين وولاؤه لمن يؤدي إليه ، كالأشترائه من سيده وقال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهما : لا يثبت عليه ملك الكفار ويرد إلى سيده بكل حال ، ووافق أبو حنيفة الشافعي في المكاتب والمدبر خاصة لأنهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما فأشبهها أم الولد ، وقد تقدم الكلام في الدلالة على أن ما أدركه صاحبه مقسوما لا يستحق صاحبه أخذه بغير شيء ، وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب وفي أن المكاتب والمدبر يجوز بيعهما بما يغني عن عادته ههنا .

(فصل) وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها مع الكفار ؟ على وجهين . أحدهما : لا يحتسب عليه بها لأن الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب في هذه المدة ، فإذا لم يحصل له ذلك لم يحتسب عليه ، كالأحسبه سيده ، فعلى هذا ينبنى على ماضى من المدة قبل الأسر وتبقى مدة الأسر كأنهم لم توجد . والثاني : يحتسب عليه بها لأنها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده فأحتسب عليه بها كالأمر مرض ، ولأنه مدين مضت مدة من أجل دينه في حبسه فأحتسب عليه بها كسائر الغرماء ؛ وفارق ما إذا حبسه سيده بما سئذ كره أن شاء الله تعالى ، فعلى هذا إذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت مطالبته ، وإن حل ما يجوز تعجيزه بترك أدائه فليسيده تعجيزه ورده إلى الرق ، وهل له ذلك بنفسه أو حكم الحاكم؟ فيه وجهان .

أحدهما : له ذلك لأنه تعذر عليه الوصول إلى المال في وقته ، فأشبهه بالوكان حاضراً . بحقه أنه لو كان حاضراً والمال غائباً يتعذر احضاره وأداؤه في مدة قريبة لكان لسيده الفسخ ؛ فالمال ههنا إما معدوم وإما غائب يتعذر أدائه ، وفي كلتا الحالتين يجوز الفسخ .

الثاني ليس له ذلك الا بحكم الحاكم لانه مع الغيبة يحتاج الى أن يبحث أهـ مال أم لا ؟ وليس كذلك اذا كان حاضراً فانه يطالبه فان أدى والا فقد عجز نفسه ، فان فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خلاص المكاتب فادعى أن له مالا في وقت الفسخ يفي بما عليه وأقام بذلك بينة بطل الفسخ ، ويحتمل أن لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه أدائه لانه إذا كان متعذر الاداء كان وجوده كعدمه

(فصل) وان حبسه سيده مدة فقد أساء ولا يحتسب عليه بدته في أحد الوجوه .

والثاني : يحتسب عليه بدته لان مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من الاجل كسائر الديون المؤجلة ، فعلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها ، والاول أصح لان على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته فاذا حبسه مدة وجب عليه تأخيرها مثل تلك المدة ليستوفي الواجب له ، ولان حبسه يفضي الى ابطال الكتابة وتفويت مقصودها ورده الى الرق ، ولان عجزه عن أداء نجومه في محلها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد ، كالم منع البائع المشتري من أداء الثمن لم يستحق فسخ البيع ، ولو منعت المرأة زوجها من الانفاق عليها لم يستحق فسخ العقد كذا ههنا .

الوجه الثالث : أنه يلزم سيده أرفق الامرين به من تخليته مثل تلك المدة أو أجر مثلها لانه قد وجد سبيهما فكان للمكاتب أنفعهما .

(فصل) واذا أوصى بأن يكاتب عبده صحته الوصية ، لان الكتابة يتعاقبها حق الله تعالى وحق الأدمى فاذا أوصى به صح وتعتبر قيمته من ثلثه لانه تبرع من جهته فانه بيع ماله بماله ؛ فان خرج من الثلث لزمهم كتابته ولا يعتبر مال الكتابة من ماله ، ذكره القاضى لانه تمام ماله وفائده ، ولان الاعتبار بحالة الموت وهو لا يملك مال الكتابة .

ثم ينظر فان عين مال الكتابة كاتبوه عليه ، سواء كان أقل من قيمته أو مثلها أو أكثر ، فان لم يعينه كاتبوه على ما جرى العرف بكتابة مثله به ، والعرف أن يكاتب العبد بأكثر من قيمته لكون دينها مؤجلا ويجب رد ربه اليه ، ويعتبر في ذلك رضى العبد لان الكتابة لا تلزمه ولا يجوز اجباره عليها ، بخلاف

مالو وصى بعثقه فانه يعتق ولا يقف على اختياره ولا رضاه ، فان رد الوصية بطلت ، فان عاد فطلبها لم تلزمه اجابته اليها لان وصيته بطلت بالرد فأشبه الوصية بالمال ، وان لم يكن ردها وجبت اجابته اليها ، واذا أدى عتق وكان ولاؤه الموصى بكتابته ، كمالو وصى بعثقه فان عجز فللوارث رده في الرق ، وان لم يخرج من الثالث فانه يكاتب منه ما خرج من الثلث ، وان كان قد وصى بوصايا غير الكتابة لا تخرج من الثلث تحاصوا في الثلث وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله في الوصية ، ويتخرج أن تقدم الكتابة بناء على الرواية التي تقدم العتق ، لان الكتابة مقصودها العتق وتقضى اليه ويحتمل أن لا تقدم بحال لان العتق تغليب وسراية ليس هو للكتابة وافضاؤها الى العتق لا يوجب تقديمها ، كمالو وصى لرجل بابنه فانه لا يقدم ، مع أن القصد بوصيته العتق ويفضى اليه .

(فصل)

فان قال كاتبوا أحد رقيقى فللورثة مكاتبه من شاموا منهم في أحد الوجهين وفي الآخر يكاتبون واحداً منهم بالقرعة ، وان قال أحد عبيدى فكذلك الا أنه ليس لهم مكاتبه أمة ولا خنثى مشكل ، لانه لا يعلم كون الخنثى عبداً أو أمة ؛ وان قال أحد امائى فليس لهم مكاتبه عبد ولا خنثى مشكل كذلك ، وان كان الخنثى غير مشكل وكان رجلاً فلمهم مكاتبته اذا قال كاتبوا أحد عبيدى ، وان كان أنثى فلمهم مكاتبته اذا قال كاتبوا أحد امائى ، لان هذا عيب فيه والعيب لا يمنع الكتابة والله أعلم .

(فصل) والكتابة الفاسدة أن يكاتبه على عوض مجهول أو عوض حال أو محرم كالخنز والخنزير ، فأما ان شرط في الكتابة شرطاً فاسداً فالمنصوص أنه لا يفسدها ، لكن يلغو الشرط وتبقى الكتابة صحيحة ، ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، وهذا مذهب الشافعى .

وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله ما يدل على أن الكتابة على العوض المحرم باطلة لا يعتق بالاداء فيها وهو اختيار أبى بكر ، فانه قد روى عن أحمد رضى الله عنه أنه قال : اذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق مالم تكن الكتابة محرمة لحكم بالعتق بالاداء الا في المحرمة .

واختار القاضى أنه يعتق بالاداء كسائر الكتابات الفاسدة ، ويمكن حمل كلام القاضى على ما إذا جعل السيد الاداء شرطاً للعتق فقال إذا أدبت إلى فانت حر فأدى إليه فانه يعتق بالصفة المجردة لا بالكتابة ، وبثبت في هذه الكتابة حكم الصفة في العتق بوجودها لا بحكم الكتابة ، وأما غيرها من الكتابة الفاسدة فانها تساوى الصحيحة في أربعة أحكام .

أحدها : أنه يعتق بأداء ما كوتب عليه سواء صرح بالصفة ، فقال ان أدبت إلى فانت حر أو لم يقل ؛ لان معنى الكتابة يقتضى هذا فيصير كالمصرح به فيعتق بوجوده كالكتابة الصحيحة .

الثانى : أنه إذا عتق بالاداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام أحمد رضى الله عنه ، وقال الشافعى رضى الله عنه : يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه فيتقاصان بقدر أقلامهما ان كانا من جنس واحد ويأخذ ذو الفضل فضله ، لانه عقد معاوضة فاسدة فوجب التراجع فيه كالبيع الفاسد .

ولنا أنه عقد كتابة لمعاوضة حصل العتق فيها بالاداء فلم يجب التراجع فيها كما لو كان العقد صحيحاً ، ولان ما أخذه السيد فهو من كسب عبده الذى لم يملك كسبه فلم يجب عليه رده والعبد عتق بالصفة فلم يجب عليه قيمته ، كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر .

وأما البيع الفاسد فانه ان كان بين هذا وبين سيده فلا رجوع على السيد بما أخذه ، وان كان بينه وبين غيره فانه أخذ مالا يستحقه ودفع الى الآخر مالا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة وفي مسائلنا بخلافه ، الثالث : أن المكاتب يملك التصرف في كسبه لان عقد الكتابة تضمن الاذن في ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات ، لانه مكاتب يعتق بالاداء فملك ذلك كما في الكتابة الصحيحة .

الرابع : أنه اذا كاتب جماعة كتابة فاسدة فأدى أحدهم حصته عتق على قول من قال انه يعتق في الكتابة الصحيحة بأداء حصته ، لان معنى العقد أن كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى الى كل واحد منهم قدر حصته فهو حر ، ومن قال لا يعتق في الصحيحة الا أن يؤدى الجميع فلهنا أولى ، وتفارق الصحيحة في

ثلاثة أحكام . أحدها : أن لكل واحد من السيد والمكاتب فسخها ورفعها سواء كان ثم صفة أو لم تكن ، وهذا قول أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، لأن الفاسد لا يلزم حكمه والصفة ههنا مبنية على المعاوضة وتابعه لها ، لأن المعاوضة هي المقصودة فلما أبطل المعاوضة التي هي الأصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة ، ولأن السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بأن يسلم له العوض المسمى ، فإذا لم يسلم كان له إبطالها بخلاف الكتابة الصحيحة ، فإن العوض سلم له فكان العقد لازماً له .

الثاني : أن السيد إذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولا يعتق بذلك ، لأن المال غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة ، وجرى هذا مجرى الصفة المجردة في قوله إذا أدبت إلى ألفا فانت حر .

الثالث : أنه لا يلزم السيد أن يؤدي إليه شيئاً من الكتابة لأن العتق ههنا بالصفة المجردة ، فأشبه ما لو قال إذا أدبت إلى ألفا فانت حر ، واختلف في أحكام أربعة . أحدها : في بطلان الكتابة بموت السيد ، فذهب القاضي وأصحابه إلى بطلانها وهو قول الشافعي رضي الله عنه ، لأنه عقد جائز من الطرفين لا يؤول إلى اللزوم فيبطل بالموت كالوكالة ، ولأن المذهب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت فكذلك هذه الكتابة .

وقال أبو بكر . لا تبطل بالموت ويعتق بالاداء إلى الوارث وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، لأنه مكاتب يعتق بالاداء إلى السيد فيعتق بالاداء إلى الوارث كما في الكتابة الصحيحة ، ولأن الفاسدة كالصحيحة في باب العتق بالاداء وفي أن الولد يتبعه فكذلك في هذا .

والثاني : في بطلانها بجنون السيد والحجر عليه لفسده ، واختلف فيه كالخلاف في بطلانها بموته ، والاولى أنها لا تبطل ههنا لأن الصفة المجردة لا تبطل بذلك والمذهب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعلى هذا لو أدى إلى سيده بعد ذلك عتق ، وعلى قول من إبطالها لا يعتق .

الثالث : أن ما في يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الاداء له دون سيده في قول القاضي ومذهب الشافعي رضي الله عنه لأنها كتابة يعتق بالاداء

فيها فكان هذا الحكم ثابتاً فيها كالصحيحة ، وقال أبو الخطاب : ذلك لسيدته في الموضعين لأن كسب العبد لسيدته بحكم الأصل ، والعقد ههنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته فلم ينقل الملك في المعوض كسائر العقود الفاسدة ، ولأن المذهب فيها حكم الصفة المجردة وهو لا تثبت الملك له في كسبه فكذا ههنا ، وفارقت الكتابة الصحيحة فإنها تثبت الملك في العوض فأثبتته في المعوض ، الرابع هل يتبع المكاتب ولدها ؟ قال أبو الخطاب فيه وجهان .

أحدهما : يتبعها لأنها كتابة يعتق فيها بالأداء فيعتق به ولدها كالكتابة الصحيحة والثاني لا يتبعها وهو أقيس وأصح لما ذكرنا في الذي قبله ولأن الأصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص أو معنى نص ، وما وجد واحد منهما ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الأصل والله أعلم

كتاب عتق أمهات الأولاد

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه ، ولا خلاف في إباحة النسرى ووطء الإمام لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين) وقد كانت مارية القبطية أم ولد النبي صلى الله عليه وسلم وهي أم إبراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم ، التي قال فيها : أعتقها ولدها ، وكانت هاجر أم إسماعيل عليه السلام سرية إبراهيم خليل الرحمن عليه السلام ، وكان لعمر بن الخطاب رضي الله عنه أمهات أولاد أوصى لكل واحدة منهن بأربع مائة ، وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد وله كثير من الصحابة وكان علي بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد ، وروى أن الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الأولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة من أمهات الأولاد فرغب الناس فيهن .

وروى عن سالم بن عبد الله قال : كان لابن رواحة جارية وكان يريد الخلوة بها وكانت إمرأته ترصده فلا البيت فوق علبها فندرت به امرأته وقالت أفعلمها؟ قال ما فعلت ، قالت فاقرأ إذا فقال :

شهدت بأن وعد الله حق وأن النار مشوى الكافرينا

وأن العرش فوق الماء طاف وفوق العرش رب العالمينا
وتحملة ملائكة شدداد ملائكة الإله مسومينا
قالت أما إذ قرأت فاذهب إذا ؛ فأتى النبي (ص) فأخبره ، قال فلقد رأيته
يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول : هيه كيف قلت ؟ ، فأكرره عليه فيضحك .

(فصل)

فاذا وطئ الرجل أمته فأتت بولد بعد وطئه بستة أشهر فصاعداً لحقه نسبه
وصارت له بذلك أم ولد ، وإن أتت بولد تام لأقل من ستة أشهر لم يلحقه نسبه
لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، بدليل ما روى الحسن أن امرأة ولدت لستة أشهر
فأتى بها إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فهم برجمها فقال له علي رضي الله عنه
ليس لك ذلك إن الله يقول (وحمله ووضأه ثلثون شهراً) فقد يكون في البطن
ستة أشهر ، والرضاع أربعة وعشرون شهراً ، فذلك تمام ما قال الله تعالى (ثلثون
شهراً) فخلا عنها عمر ، وروى عن ابن عباس أنه قال ذلك لعثمان .

ومن اعترف بوطء أمته فأتت بولد يـمكن أن يكون منه لحقه نسبه ولم يكن
له نفية لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « حصنوا هذه الولائد فلا يطا رجل
وليدته ثم ينكر ولدها إلا ألزمت إياه ، رواه سعيد .

وعن ابن عمر قال : قال عمر : « أيما رجل غشى أمته ثم ضيعها فالضيعة عليه
والولد ولده ، رواه سعيد أيضاً ، ولأن أمته صارت فراشا بالوطء فلحقه ولدها
كالمرأة ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « الولد للفراش » فإن نفاه سيدها لم ينتف عنه
إلا أن يدعى أنه استبرأها وأتت بالولد بعد استبرائها بستة أشهر فينتفي عنه بذلك
وهل يخاف على ذلك ؟ على وجهين ، وقد روى عن الحسن قال إذا أنكر الرجل
ولده من أمته فله ذلك ، وعن الشعبي أنه كان يقول ينتفي من ولده إذا كان من
أمته متى شاء .

ولنا قول عمر وإنه ولد على فراشه فلم يكن له نفية كولدته من زوجته ، فإن أقر
به لم يكن له نفية بعد ذلك لا نعلم فيه خلافاً ، قال إبراهيم : إذا أقر بولده فليس له
أن ينتفي منه ، فإن انتفى منه ضرب الحد وألحق به الولد ، قال شريح : الرجل أقر
بولده لا سبيل لك أن تنتفي منه ، وكذلك إن هــنـه به فسكت أو أمن على الدعاء

لأنه دليل على الرضا به فقام مقام الإقرار به ، وإن كان يظاً جاريته وادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف الولد بذلك لما روى أبو سعيد أنه قال : يا رسول الله إنا نصيب النساء ونحب الأئمان أفنعزل عنهن ؟ فقال : إن الله إذا قضى خلق نسمه خلقها ، وعن جابر قال : جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله (ص) فقال : إن لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل ، فقال : اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها ، قال فلبث الرجل ثم أتاه ، فقال إن الجارية قد حملت ، فقال : قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قدر لها ، رواه أبو داود .

وعن أبي سعيد أنه قال : كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب المخلوق إلى ، يعني ابنه ، وعن ابن عمر أن عمر قال . ما بال رجال يطئون ولائهم ثم يعزلونهم لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه أتاها إلا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ، ولأنها بالوطء صارت فراشا ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش ، ولما تنازع عبد بن زمعة وسعد في ابن وليدة زمعة فقال عبد هو أخى وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاشر الحجر » متفق عليه ، ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فيخلق منه الولد .

وقد روى عن ابن عمر وزيد بن ثابت ما يدل على أن الولد لا يلحق به مع العزل ، فروى سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن قتي من أهل المدينة أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يعزل عن جارية له فجاءت بحمل فشق عليه وقال : اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منهم ، فإن آل عمر ليس بهم خفاء فولدت ولداً أسود ، فقال عن هو ؟ فقالت من راعى الإبل ، فحمد الله وأثنى عليه وقال حدثنا سفيان عن حماد عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد أن زيد بن ثابت كانت له جارية فارسية وكان يعزل عنها فجاءت بولد فاعتق الولد وجلدها الحد ، وقال إنما كنت استطبت نفسك ولا أريدك ، وفي رواية قال من حملت ؟ قالت منك فقال كذبت وما وصل إليك منى ما يكون منه الحمل وما أطوك إلا أنى استطبت نفسك وقال الثوري وأبو حنيفة لا تصير فراشاً ولا يلحقه ولدها إلا أن يقر بولدها فيلحقه أولادها بعد ذلك ، ولنا ما ذكرناه وقول عمر الموافق للسنة أولى من قوله فيما عاينها

(فصل) وان اعترف بوطء أمته في الدبر أو دون الفرج فقد روى عن أحمد رضي الله عنه أنه يلحقه ولدها وتصير فراشا بهذا ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي رضي الله عنه ، ولأنه قد يجمع فيسبق الماء الى الفرج ، والصحيح في هذا ان شاء الله تعالى أنها لا تصير بهذا فراشا لأنه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص ، ولا يثبت الحكم الا بدليل ولا ينتقل عن الأصل إلا بناقل عنه إذا ثبت هذا فكل موضع لحقه الولد من أمته إذا حملت به في ملكه فالولد حر الأصل لا ولاء عليه وتصير به الأمة ام ولد .

مسألة ، قال (واحكام امهات الاولاد احكام الإمام في جميع امورهن .
الا انهن لا يبعن)

وجملة ذلك ان الأمة اذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاء وحكمها حكم الاماء في حل وطئها لسيدها واستخدامها وملك كسبها وتزويجها واجارتها وعتقها وتكليفها وحدها وعورتها ، وهذا قول اكثر اهل العلم ، وحكى عن مالك انه لا يملك اجارتها وتزويجها لأنه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها واجارتها كالحررة .

ولنا انها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها واجارتها كالمدبرة ولا انها مملوكة تعتق بموت سيدها فأشبهت المدبرة ، وانما منع بيعها لانها استحققت ان تعتق بموته وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والاجارة ويبطل دليلهم بالموقف والمدبرة عند من منع بيعها .

إذا ثبت هذا : فإنها تخالف الأمة القن في انها تعتق بموت سيدها من رأس المال ، ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ، ولا تورث لانها تعتق بموت السيد ويؤول الملك عنها روى هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء .

وروى عن علي وابن عباس وابن الزبير إباحة بيعهن ، وإليه ذهب داود قال سعيد حدثنا سفيان عن عمرو عن عطاء عن ابن عباس في ام الولد قال : بيعها كما يبيع شاتك أو بعيرك .

قال وحدثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال : خطب على الناس فقال : شاورني عمر في أمهات الأولاد فرأيت أنا وعمر أن أعتقن فقضى به عمر حياته وعثمان حياته ، فلما وليت رأيت أن أرقهن . قال عبيدة فرأى عمر وعلى في الجماعة أحب إلينا من رأى على وحده .

وقد روى صالح بن أحمد قال : قلت لأبي إلى أي شيء تذهب في بيع أمهات الأولاد ؟ قال أكرهه ، وقد باع علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، وقال في رواية إسحاق بن منصور لا يعجبني بيعهن

قال أبو الخطاب فظاهر هذا أنه يصح بيعهن مع الكراهة ، فجعل هذا رواية ثانية عن أحمد رضي الله عنه ، والصحيح أن هذا ليس رواية مخالفة لقوله أنهم لا يبيعن لأن السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيراً ومتى كان التحريم والمنع مصرحاً به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ، ولا يجعل ذلك اختلافاً ، ولما أجاز بيعهن أن يحتج بما روى جابر قال : بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله (ص) وأبي بكر فلما كان عمر رضي الله عنه نهانا فاتهننا ، رواه أبو داود . وما كان جائز في عهد رسول الله (ص) وأبي بكر لم يحز نسخه بقول عمر ولا غيره ، ولأن نسخ الأحكام إنما يجوز في عصر رسول الله (ص) لأن النص إنما ينسخ بنص مثله . وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به ، فإن أصحاب النبي (ص) كانوا يتركون أقوالهم لقول رسول الله (ص) ولا يتركونها بأقوالهم ، وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه ، ولو بلغه لم يعدده إلى غيره ، ولأنها ملوكة ولم يعتقها سيدها ولا شيئاً منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كالوولدت من أبيه في نكاح أو غيره ؛ ولأن الأصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا إجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه ، ولأن ولادتها لو كانت موجبة لعتقها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر أسبابه .

وروى عن ابن عباس رواية أخرى أنها تجعل في سهم ولدها لعتق عليه . وقال سعيد حدثنا سفيان حدثنا الأعمش عن زيد بن وهب قال : مات رجل منا وترك أم ولد فأراد الوليد بن عقبة أن يبيعها في دينه ، فأتينا عبد الله بن مسعود

فذكرنا ذلك له فقال : إن كان ولا بد فاجعلوها في نصيب أولادها .
ولنا ما روى عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله (ص) دأب أمة
ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه ، وقال ابن عباس ذكرت أم إبراهيم
عند رسول الله (ص) فقال : أعتقها ولدها ، رواهما ابن ماجه

وذكر الشريف أبو جعفر في مسأله عن ابن عمر عن النبي (ص) أنه نهى
عن بيع أمهات الأولاد ولا يبعن ولا يرهن ولا يرثن ويستمتع بها سيدها ما بدا له
فإن مات فهي حرة ، وهذا فيما أظن عن عمر ، ولا يصح عن النبي صلى الله عليه
وسلم ، ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، بدليل قول علي كرم الله وجهه :
كان رأيي ورأي عمر أن لا تباع أمهات الأولاد ، وقوله فقضى به عمر حياته
وعثمان حياته ؛ وقول عبيدة رأيي علي كرم الله وجهه وعمر في الجماعة أحب إلينا
من رأيه وحده .

وروى عكرمة عن ابن عباس : قال عمر رضي الله عنه : ما من رجل كان يقر
بأنه بطأ جاريته ثم يموت إلا أعتقها ولدها إذا ولدت وإن كان سقطا .

فإن قيل فكيف تصح دعوى الإجماع مع مخالفة علي وابن عباس وابن الزبير
رضي الله عنهم ؟ قلنا قد روى عنهم الرجوع عن المخالفة ، فقد روى عبيدة قال
بعث إلى علي كرم الله وجهه وإلى شريح : أن اقضوا كما كنتم تقضون فإني أبغض
الاختلاف . وابن عباس قال : ولد أم الولد بمنزلتها ، وهو الراوى لحديث عتقهن
عن النبي صلى الله عليه وسلم . وعن عمر فيدل على موافقته لهم ، ثم قد ثبت
الإجماع باتفاقهم قبل المخالفة ، واتفاقهم معصوم عن الخطأ فإن الأمة لا تجتمع
على ضلالة ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته ، ولو جاز ذلك في بعض
العصر لجاز في جميعه ، ورأي الموافق في زمن الاتفاق خير من رأيه في الخلاف
بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف — له منهم كما هو حجة على غيره .

فإن قيل فلو كان الاتفاق في بعض العصر إجماعاً حرمت مخالفته ، فكيف
خالفه هؤلاء الأئمة الذين لا يجوز نسبتهم إلى ارتكاب الحرام ؟ قلنا الإجماع
ينقسم إلى مقطوع به ومظنون ، وهذا من المظنون فيمكن وقوع المخالفة منهم له

مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ، ولا تخرج بخالفهم عن كونها حجة كذا همنا

فأما قول جابر بعنا أمهات الأولاد في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر فليس فيه تصريح بأنه كان يعلم رسول الله (ص) ولا علم أبي بكر فيكون ذلك واقعا من فعلهم على انفرادهم فلا يكون فيه حجة ، ويتعين حمل الأمر على هذا لأنه لو كان هذا واقعا بعلم رسول الله (ﷺ) وأبي بكر وأقرا عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة بعدهما على مخالفتها ، ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر ينكر عليهم ويقول : كيف يخالفون فعل رسول الله (ص) وفعل صاحبه ؟ وكيف يتركون سنتها ويحرمون ما أحلها من هذا ؟ ولأنه لو كان ذلك واقعا بعلمهما لاحتج به على حين رأى يبعن ، واحتج به كل من وافقه على بيعن ، ولم يجر شيء من هذا فوجب أن يحمل الأمر على ما حملناه عليه فلا يكون فيه إذا حجة ، ويحتمل أنهم باعوا أمهات الأولاد في النكاح لا في الملك

فصل

ومن أجاز بيع أم الولد فعلى قوله إن لم يبعها حتى مات ولم يكن له وارث إلا ولدها عتقت عليه ، وإن كان لها وارث سوى ولدها حسبت من نصيب ولدها فعتقت وكان له ما بقى من ميراثه ، وإن لم يبق شيء فلا شيء له ، وإن كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لساير الورثة إلا على قول من قال أنه إذا ورث سهما عن يعتق عليه سرى العتق إلى باقيه ، وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها كساير رقيقه .

مسألة ، قال () وإذا أصاب الأمة وهي في ملك غيره بنكاح فحملت منه ثم ملكها حاملا عتق الجنين وكان له بيعها ()

وجملته أنه إذا تزوج أمة غيره فأولدها أو أحبلها ثم ملكها بشراء أو غيره لم تصر أم ولد له بذلك ، سواء ملكها حاملا فولدت في ملكه أو ملكها بعد ولادتها وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه لأنها علققت منه بملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها ، ولأن الأصل الرق وإنما خولف هذا الأصل

فيما اذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضى الله عنهم فقيما عداه يثق على الاصل .

ونقل القاضى ابن ابى موسى عن احمد رضى الله عنه انها تصير أم ولد في الحالين وهو قول الحسن وأبى حنيفة لانها أم ولده وهو مالك لها فثبت لها حكم الاستيلاد كما لو حملت في ملكه ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فيما اذا ملكها بعد ولادتها إنما نقل عنه التوقف عنها في رواية مهننا فقال لا أقول فيها شيئا . وصرح في رواية جماعة سواء بجواز بيعها ، فقال لا أرى بأسا أن يبيعها ، إنما الحسن وحده قال إنها أم ولد ، وقال أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون لا تكون أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها ، فإن عبيدة السلماني يقول يبيعها . وشریح وإبراهيم وعامر الشعبي وأما اذا ملكها حاملا فظاهر كلام أحمد رضى الله عنه انها تصير أم ولد ، وهو مذهب مالك رضى الله عنه لانها ولدت منه في ملكه فأشبهه ما لو أحبلها في ملكه وقد صرح أحمد رضى الله عنه في رواية إسحاق بن منصور انها لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملا .

وروى عنه ابنه صالح قال : سألت أبى عن الرجل ينكح الامة فتلد منه ثم يتناهما قال لا تكون أم ولد له ، قلت فإن استبرأها وهى حامل منه ؟ قال اذا كان الوطء يزيد في الولد وكان يطأها بعدما اشتراها وهى حامل منه كانت أم ولد له قال ابن حامد : إن وطئها في ابتداء حملها او توسطه كانت بذلك أم ولد له لأن الماء يزيد في سمع الولد وبصره .

وقال القاضى . ان ملكها حاملا فلم يطأها حتى وضعت لم تصر أم ولد له ، وان وطئها حال حملها نظرنا فإن كان بعد ان كمل الولد وصار له خمسة أشهر لم تصر به أم ولد ، وان كان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد ، لأن عمر رضى الله عنه قال : أبعد ما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن يعتمدون ؟ فغلل بالمخالطة ، والمخالطة ههنا جاصرة لان الماء يزيد في الولد ، ولان الحرية البعض أثرا في تحرير الجميع ، بدليل ما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه من العبد .

وقال ابو الخطاب : ان وطئها بعد الشراء فهى أم ولد ، وكلام الخرقى يقتضى

أنها لا تكون أم ولد إلا أن تحبل منه في ملكه ، وهو الذي نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية إسحاق بن منصور فقال : لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملا لأنها لم تعلق منه بحر فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها . يحقق هذا أن حملها منه ما أفاد الحرية لولده ، فلأن لا يفيدها الحرية أولى ، ويفارق هذا ما إذا حملت منه في ملكه ، فإن الولد حر فتحرر بتحريره ، وما ذكروه من زيادة الولد بالوطء غير متيقن ، فإن هذا الولد يحتمل أنه زاد ، ويحتمل أنه لم يزد فلا يثبت الحكم بالشك ، ولو ثبت أنه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة ، بدليل ما لو ملكها وهي حامل من زنا منه أو من غيره فوطئها لم تصر أم ولد . وإن زاد الولد به ، ولأن حكم الاستيلاد إنما يثبت بالإجماع في حق من حملت منه في ملكه وما عداه ليس في معناه وليس فيه نص ولا إجماع فوجب أن لا يثبت هذا الحكم ، ولأن الأصل الرق فيبقى على ما كان عليه

(فصل) قال أحمد رضي الله عنه فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها فإن الولد لا يلحق بالمشتري ولا يبيعه ولكن يعتقه لأنه قد شرك فيه لأن المأ يزد في الولد .

وقد روى عن أبي الدرداء عن النبي (ص) أنه مر بامرأة مجمع على باب فسطاط فقال : لعله يريد أن يلم بها ؟ قالوا نعم ، فقال رسول الله (ص) : لقد هممت أن ألعنه لعنا يدخل معه في قبره ، كيف يورثه وهو لا يحل له أم كيف يستخدمه وهو لا يحل له ؟ ، رواه أبو داود ، يعني أن استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لأنه ليس بولده ، فإن اتخذه مملوكا يستخدمه لم يحل له لأنه قد شرك فيه لكون المأ يزد في الولد .

(فصل) وإذا وطئ الرجل جارية ولده ، فإن كان قد قبضها وتملكها ولم يكن الولد وطيها ولا تعلق بها حاجته فقد ملكها الأب بذلك وصارت جاريته والحكم فيها كالحكم في جاريته التي ملكها بالشراء ، وإن وطيها قبل تملكها فقد فعل محرما ، لأن الله تعالى قال (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)

وهذه ليست زوجا له ولا ملك يمينه ، فإن قيل فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم
 أنت ومالك لأبيك ، فأضاف مال الابن إلى أبيه بلام الملك والاستحقاق ، فدل
 على أنه ملكه ، قلنا لم يرد النبي صلى الله عليه وسلم حقيقة الملك ، بدليل أنه أضاف
 إليه الولد وليس بملوك ، وأضاف إليه ماله في حالة إضافته إلى الولد ، ولا يكون
 الشيء مملوكا للمالكين حقيقة في حال واحدة ، وقد ثبت للملك لولده حقيقة بدليل
 حل وطء إمامه والتصرف في ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه ، ولأن الولد لو مات لم
 يرث منه أبوه إلا ما قدر له ، ولو كان ماله لاختص به ، ولو مات الأب لم يرث
 ورثته مال ابنه ولا يجب على الأب حج ولا زكاة ولا جهاد ييسار ابنه ، فلم أن
 النبي صلى الله عليه وسلم إنما أراد التجوز بتشبيهه بماله في بعض الأحكام .

إذا ثبت هذا فإنه لا حد على الأب للشبهة ، لأنه إذا لم يثبت حقيقة الملك فلا
 أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد ، فإن الحدود تدرأ بالشبهات ، ولكن يعززان
 وطء جاريه لا يملكها وطئا محرما فكان عليه التعزيز كوطء الجارية المشتركة .
 وفيه وجه آخر لا يعزr عليه لأن مال ولده كماله ، ولا يصح لأن ماله مباح
 له غير ملوم عليه وهذا الوطء هو عاد فيه ملوم عليه ، وإن علقت منه فالولد حر
 لأنه من وطء درى فيه الحد لشبهة الملك وكان محررا كولد الجارية المشتركة ولا
 تلزمه قيمته لأن الجارية تصير ملكا له بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهي ملك له
 وتصير أم ولد له تعتق بموته وتنتقل إلى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك ، وبهذا
 قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي .

وقال في الآخر لا تصير أم ولد له ولا يملكها لأنه استولدها في غير ملكه
 فأشبهه الاجنبي ، ولأن ثبوت أحكام الاستيلاد إنما كان بالاجماع فيما إذا استولد
 مملوكته وهذه ليست مملوكته له ولا في معنى مملوكته فإنها محرمة عليه فوجب أن
 لا يثبت لها هذا الحكم ، ولأن الأصل الرق فيبقى على الأصل ، ولأن الوطء
 المحرم لا ينبغي أن يكون سببا للملك الذي هو نعمة وكرامة لأنه يفضى إلى
 تعاطي المحرمات .

ولنا أنها علقت منه بحر لاجل الملك فصارت أم ولد له كالجارية المشتركة ،
 وفارق وطء الاجنبي في هذا . إذا ثبت هذا فإنه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها .

وقال أبو حنيفة لا يلزمه مهرها ويلزمه قيمتها لانه أخرجه عن ملك سيدها بفعل محرم فأشبهه ما لو قتلها ، وإنما لم يلزمه مهرها لانه اذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع في ضمانها فلم يضمه ثانيا ، كالأول قطع يدها فسرى القطع الى نفسها فانه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد .

وقال الشافعي يلزمه مهرها لانه وطئ جارية غيره وطئا محرما فلزمه مهرها كالأجنبي ، وتلزمه قيمتهما على القول بكونها أم ولد كما يلزم أحد الشريكين قيمة نصيب شريكه اذا استولد الجارية المشتركة .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لائك ، ولانه لا تلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كمملوكته ، ولانه وطئ صارت به الموطوءة أم ولد لا امرأ لا يختص ببعضها فأشبهه استيلاء مملوكته .

(فصل) فإن كان الولد قد وطئ جاريته ثم وطئها أبوه فأولدها فقد روى عن أحمد رضي الله عنه فيمن وقع على جارية ابنه ان كان الأب قابضا لها ولم يكن الابن وطئها فهي أم ولده وليس للابن فيها شيء .

قال القاضي فظاهر هذا أن الابن ان كان قد وطئها لم تصر أم ولد للأب باستيلائها لانها تحرم عليه تحريما مؤبدا بوطئه ابنه لها ولا تحل له بحال ، فأشبهه وطئه الاجنبي ، فعلى هذا القول لا يملكها ولا تعتق بموته .

فأما ولدها فيعتق على أخيه لانه ذو رحم منه ، ويحتمل أن يثبت لها حكم الاستيلاء من غير أن تحل له كما لو استولد بمملوكته التي وطئها ابنه فانها تصير أم ولد له مع كونها محرمة عليه على التأيد فكذلك ههنا ، وذلك لانه وطئ يدرا فيه الحد بشبهة الملك فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الابن .

(فصل) وان وطئ الابن جارية أبيه أو أمه فهو زان يلزمه الحد اذا كان طالما بالتحريم ولا تصير أم ولد له ويلزمه مهرها وولده يعتق على جده لانه ابن ابنه اذا قلنا ان ولده من الزنا يعتق على أبيه وتحرم الجارية على الأب على التأيد ولا تجب بسبب قيمتها على الابن لانه لم يخرجها عن ملكه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع فان استولدها الأب بعد ذلك فقد فعل محرما ولا حد عليه لانه

وطء صادف ملكا وتصير أم ولد له لانه استولد مملوكته ، فاشبه ما لو وطئ أمته الموهنة .

(فصل) وان زوج أمته ثم وطئها فقد فعل محرما ولا حد عليه لانها مملوكته ويعزر ؛ قال أحمد رضي الله عنه يجلد ولا يرحم ، يعني أنه يعزر بالجلد ، لانه لو وجب عليه الطء لوجب الرجم اذا كان محصنا ، فإن أولدها صارت أم ولده لانه استولد مملوكته وتعتق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فخكمه حكم أمه (فصل) ولو ملك رجل أمه من الرضاع أو أخته أو ابنته لم يحل له وطؤها فان وطئها فلا حد عليه في أصح الروايتين لانها مملوكته ويعزر فإن ولدت فالولد حرونسبه لاحق به وهي أم ولده ، وكذلك لو ملك أمة بجوسية أو وثنية فاستولدها أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويلحقه نسب ولده وتصير أم ولد له تعتق بموته لما ذكرنا ، وكذلك لو وطئ أمته الموهنة أو وطئ رب المال أمة من مال المضاربة فأولدها صارت له بذلك أم ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وعليه قيمتها للرهن تجعل كأنها رهنا أو توفية عن دين الرهن وتفسخ المضاربة فيها ، وان كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة والله أعلم .

« مسألة ، قال (واذا علقت منه بحر في ملكه فوضعت بعض ما يستبين فيه خلق الانسان كانت له بذلك أم ولد) »

ذكر الخرق لمصيرها أم ولد شروطا ثلاثة . أحدها : ان تعلق منه بحر ، فأما ان علقت منه بمملوك ، ويتصور ذلك في الملك في موضعين . أحدهما : في العبد اذا ملكه سيده ، وقلنا انه يملك فإنه اذا وطئ أمته واستولدها فولده مملوك ولا تصير الأمة أم ولد تثبت لها حكم الاستيلاد بذلك ، وسواء أذن له سيده في التسرى بها أو لم يأذن له . والثاني : اذا استولد المكاتب أمته فإن ولده مملوك له وأما الأمه : فإنه لا تثبت لها أحكام أم الولد في العتق بموته في الحال ، لان المكاتب ليس بحر وولده منها ليس بحر فأولى أن لا تتحرر هي ؛ ومتى عجز المكاتب وطاد إلى الرق أو مات قبل اداء كتابته فهي أمة قن كأمة العبد القن ، وهل يملك المكاتب بيعها والتصرف فيها ؟ ففيه اختلاف ؛ ذكر القاضى في موضع أنه لا يثبت فيها

شيء من أحكام الاستيلاد ولا تصير أم ولد بحال ، وهذا أحد قولي الشافعي لأنها علفت بمملوك في ملك غير تام فلم يثبت لها شيء من أحكام الاستيلاد كأمة العبد القن ، وظاهر المذهب أنها موقوفة لا يملك بيعها ولا نقل الملك فيها ، فإن عتق صارت له أم ولد تعتق بموته فيثبت لها من حرمة الاستيلاد ما يثبت لولدها من حرمة الحرية وقد نص أحمد رضي الله عنه على منع بيعها ، ومفهوم كلام الحرقى يحتمل الوجهين جميعاً .

الشرط الثاني : أن تعلق منه في ملكه سواء كان من وطء مباح أم محرم مثل الوطء في الحيض أو النفاس أو الصوم أو الاجرام أو الظهار أو غيره ؛ فأما إن علفت منه في غير ملكه لم تصر بذلك أم ولد ، سواء علفت منه بمملوك ، مثل أن يطأها في ملك غيره بنكاح أو زنا ، أو علفت بحر مثل أن يطأها بشبهة أو غر من أمة وتزوجها على أنها حرة فاستولدها ، أو اشترى جارية فاستولدها فبانت مستحقة فإن الولد حر ولا تصير الأمة أم ولد في هذه المواضع بحال ، وفيه وجه آخر أنه إن ملكها بعد ذلك صارت أم ولد ، وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في المسألة التي قبل هذه ، والمقصود بذكر هذه الشروط هنا ثبوت الحكم عند اجتماعها ، وأما انتفاؤه عند انتفائها فيذكر في مسائل مفردة لها .

الشرط الثالث : أن تضع ما يتبين فيه شيء من خلق الانسان من رأس أو يد أو رجل أو نخطيط ، سواء وضعته حيا أو ميتا ، وسواء أسقطته أو كان تاما ، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : إذا ولدت الأمة من سيدها فقد عتقت وإن كان سقطا ، وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه قال اعتقها ولدها وإن كان ولدها سقطا ، قال الأثرم قلت لابي عبد الله أم الولد إذا أسقطت لا تعتق ؟ فقال إذا تبين فيه يد أو رجل أو شيء من خلقه فقد عتقت ، وهذا قول الحسن والشافعي وقال الشعبي إذا تلبث في الخلق الرابع فكان مطلقا انتقضت به عدة الحرية واعتقت به الأمة ، ولا أعلم في هذا خلافا بين من قال بثبوت حكم الاستيلاد ، فأما ان القت نطفة أو علقة لم يثبت به شيء من أحكام الولادة لأن ذلك ليس بولد ، وروى يوسف بن موسى أن ابا عبد الله قيل له ما تقول في الأمة إذا القت مضغة أو علقة ؟ قال تعتق ، وهذا قول إبراهيم النخعي ، وإن وضعت مضغة لم يظهر فيها

شيء من خلق آدمي فشهد ثقات من القوابل ان فيها صورة خفية تعلقت بها الاحكام لانهم اطلعوا على الصورة التي خفيت على غيرهم ، وان لم يشهدوا بذلك لكن علم انه مبتدأ خلق آدمي اما بشهادتهم أو غير ذلك فقيه روايتان .

إحداهما : لا تصير به الأمة أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ولا يجب على الضارب المتلف له الغرة ولا الكفارة ، وهذا ظاهر كلام الخرق والشافعي وظاهر ما نقله الأثرم عن أحمد رضي الله عنه ، وظاهر كلام الحسن والشافعي وسائر من اشترط أن يتبين شيء فيه خلق الإنسان لانه لم يبين فيه شيء من خلق آدمي أشبه النطفة والعلقه .

والثانية : تتعلق به الاحكام الاربعة لانه مبتدأ خلق آدمي أشبه اذا تبين ، وخرج أبو عبد الله بن حامد رواية ثالثة وهو ان الأمة تصير بذلك أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ، لانه روى عن أحمد رضي الله عنه في الأمة اذا وضعت فستة القوابل فعلم انهم لم يبين لهم تخنط في العدة بأخرى ويختلط بعنق الأمة ، وظاهر هذا انه حكم بعنق الأمة ولم يحكم بانقضاء العدة ، لان عنق الأمة يحصل للحرية فاحتيط بتحصيلها ، والعدة يتعلق بها تحريم الزوج وحرمة الفرج فاحتيط بإبقائها ، وقال بعض الشافعية . بالعكس لا تجب العدة ولا تصير الأمة أم ولد لان الأصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ، ولا يصح لان العدة كانت ثابتة والأصل بقاءها على ما كانت عليه ، والأصل في آدمي الحرية فتغلب ما يفضي اليها والله اعلم .

« مسألة ، قال (فإذا مات فقد صارت حرة وان لم يملك غيرها)

يعني ان أم الولد تعتق من رأس المال وان لم يملك سواها ، وهذا قول كل من رأى عتق من لا يعلم بينهم فيه خلافا ، وسواء ولدت في الصحة أو المرض لانه حاصل بالتداه وشهوته ، وما يتلقه في لذاته وشهوته يستوى فيه حال الصحة والمرض ، كالذي يأكله ويلبسه ، ولان عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوى فيه المرض والصحة كقضاء الديون والتدبير والوصية ، ولا نعلم في هذا خلافا بين من رأى عتق من .

قال سعيد : حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن نافع قال : أدرك ابن عمر رجلاً فقال إنا تركنا هذا الرجل يبيع أمهات الأولاد ، يعنيان ابن الزبير ، فقال ابن عمر أنمر فان أبا حفص ؟ فإنه قضى في أمهات الأولاد أن لا يبعن ولا يوهبن يستمتع بها صاحبها فإذا مات فهي حرة .

وقال حدثنا غياث عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال عمر رضي الله عنه : ما من رجل كان يقر بأنه يطلا جاريته ويموت إلا اعتقها إذا ولدت وإن كان سقطا .

(فصل) ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ، ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر في هذا في قول أئمة أهل الفتوى من أهل الأمصار ، لأن ما يتعلق به العتق يستوي فيه المسلم والكافر والعفيف والفاجر كالتيدير والكتابة ، ولأن عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه ، فإذا استويا في النسب استويا في حكمه .

وروى سعيد حدثنا هشيم أخبرنا منصور عن ابن سيرين عن أبي عطية الحمداي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في أم الولد إن أسلمت وأحصنت وعفت أعتقت ، وإن كفرت ولجرت وغدرت رقت ، وقال حدثنا هشيم أخبرنا يحيى عن أم ولد رجل ارتدت عن الإسلام فكتب في ذلك إلى عمر بن عبد العزيز (رض) وكذب عمر ببيعها ليسبها أحد من أهل دينها ، وإذا كان مبنى عتق أمهات الأولاد على قول عمر رضي الله عنه ، وقد قال هذا القول فينبغي أن يختص العتق بالمسلمة العفيفة دون الكافرة الفاجرة لانتفاء الدليل الذي ثبت به عتقهن والله أعلم .

مسألة : قال (وإذا صارت الأمة أم ولد بما وصفنا ثم ولدت من غيره كان له حكمها في العتق بموت سيدها)

وجملته أن أم الولد إذا ولدت بعد ثبوت حكم الاستيلاد لها من غير سيدها ، من زوج أو غيره لحكم ولدها حكمها في أنه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ، ويتنع فيه ما يمتنع فيها .

قال أحمد رضي الله عنه ، قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما ولدها بمنزلتها ،

ولا تعلم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد إلا أن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه قال هم عبيد ، فيحتمل أنه أراد أنه لا يثبت لهم حكم أمهم ، لأن الاستيلاد مختص بها فيختص بحكمه ، كولد من علق عتقها بصفة ، ويحتمل أنه أراد أنهم عبيد حكمهم أمهم ، مثل قول الجماعة ، لأن الولد يتبع أمه في الزق والحرية فيتبعها في سببه إذا كان متأكداً كولد المكاتب والمذبرة ، بل ولد أم الولد أولى لأن سبب العتق فيها مستقر ولا سبيل إلى إبطاله بحال ، فإن ماتت أم الولد قبل سيدها لم تبطل حكم الاستيلاد في الولد وتعتق بموت سيدها لأن السبب لم يبطل وإنما ثبت الحرية فيها لأنها لم يبق محلاً . وكذلك ولد المذبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه .

وأما ولد المكاتب إذا مات فإنه يعود رقيقاً لأن العتق يبطل بموتها فلم يبق حكمه فيه ، وقد ذكرنا في هذا خلافا فيما تقدم ، وإن أعتق السيد أم الولد أو المذبرة لم يعتق ولدها لأنها عتقت بغير السبب الذي تتبعها فيه ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيده ، وكذلك إن أعتق ولدها لم يعتق بعتقه ، وإن أعتق المكاتب فقد قال أحمد وسفيان وإسحاق : المكاتب إذا أدت أو أعتقت عتق ولدها ، وأم الولد والمذبرة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد ، فظاهر هذا أن ولد المكاتب يتبعها في العتق بإعتاق سيدها لأنه في حكم مالها يستحق كسبه فيتبعها إذا أعتقها كلها ، ولأن اعتاقها يمنع أدامها بسبب من السيد فأشبه ما لو أبرأها من مال الكتابة .

(فصل) فأما ولد أم الولد قبل استيلادها وولد المذبرة قبل تديرها والمكاتب قبل كتابتها فلا يتبعها أو جوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في أمه ، ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز في السبب أولى .

وذكر أبو الخطاب في ولد المذبرة قبل التدبير روايتين ، فيخرج ههنا مثله وهو بعيد لأن الولد المنفصل لا يتبعها في عتق ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الأحكام سوى الإسلام بشرط كونه صغيراً ، فكيف يتبع في التدبير ؟ ولاه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله .

«مسألة» قال (وإذا أسلمت أم ولد النصراني منع من وطنها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها فإذا أسلم حلت له وإن مات قبل ذلك عتقت)

وجه ذلك : أن الكافر يصح منه الاستيلاد لامته كما يصح منه عتقها ، وإذا استولد الذمي أمته ثم أسلمت لم تعتق في الحال ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك تعتق إذا لا سبيل إلى بيعها ولا إلى إقرار ملك عليها لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة فلم يحز كالامة القن .

وعن أحمد رضي الله عنه رواية أخرى أنها تستسمى فإن أدت عتقت ، وهو قول أبي حنيفة لأن فيه جمعا بين الحقين ، حقها في أن لا يبقى ملك الكافر عليها وحقه في حصول عوض ملكه فأشبه بيعها إذا لم تكن أم ولد .

ولنا أنه أسـلام طرأ على ملك فلم يوجب عتقا ولا سعاية كالعبد القن ، وما ذكروه مجرد حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها ، وبقاؤها ضرر فإن في عتقها مجانا اضرازا بالمالك بإزالة ملكه بغير عوض ، وفي الاستسعاء إلزام لها بالكسب بغير رضاها وتضييع لحقه . لأن فيه إحالة على سعاية لا تدرى هل يحصل منها شيء أو لا ؟ وإن حصل فالظاهر أنه يكون بسيرا في أوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه ، والحق أن يبقى الملك على ما كان عليه ويمنع من وطنها والتلذذ بها كي لا يبطأها ويتنلها وهو مشرك ، ويحال بينه وبينها ويمنع الخلوة بها لئلا يفضى إلى الوطء المحرم ويجبر على نفقتها على التمام لأنها مملوكة ، ومنعه من وطنها بغير معصية منها فأشبهت الحائض والمربضة وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها ، وإن احتاجت إلى أجر أو أجر مسكن فعلى سيدها .

وذكر القاضي أن نفقتها في كسبها وما فضل من كسبها فهو لسيدها ، وإن عجز عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها ؟ على روايتين ، ونحو هذا مذهب الشافعي ، والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ما شاء وعليه نفقتها على التمام ، سواء كان لها كسب أو لم يكن ، لأنها مملوكة له ولم يجز بينهما عقد يستقل نفقتها ولا يملك به كسبها فأشبهت أمته القن أو ما قبل إسلامها ، ولأن

الملك سبب لهذين الحكمين والحادث منهما لا يصلح مانعا لان الاستيلاد لا يمنع منهما بدليل ما قبل اسلامها والاسلام لا يمنع بدليل ما لو وجد قبل ولادتها واجتماعهما لا يمنع لانه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه ، ولانه اذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى الى هلاكها وضياعها ولانه يملك فاضل كسبها فيلزمه فضل نفقتها كسائر ممتلكاته .

مسألة ، قال (واذا عتقت أم ولد بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها)

إنما كان كذلك لان أم الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر ما في يدها له فإذا مات سيدها فعتقت انتقل ما في يدها الى ورثته كسائر ماله وكما في يد المدبرة وتخالف المكاتبه فإن كسبها في حياة سيدها لها فإذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق .

مسألة ، قال (ولو أوصى لها بما في يدها كان لها إذا أحتمله الثلث)

وجملته . أن الوصية لأم الولد تصح فلا تعلم فيه خلافا بين أهل العلم القائلين بثبوت حكم الاستيلاد وبهذا قال الشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي . وقد روى الإمام أحمد وسعيد بن منصور عن هشيم حدثنا حميد عن الحسن أن عمر بن الخطاب أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف ولأن أم الولد حرة في حال نفوذ الوصية لها لأن عتقها يتنجز بموته فلا تقع الوصية لها إلا في حال حريتها ، وأما قوله إذا أحتمله الثلث فلأن الوصية كلها لا تلزم إلا في الثلث فما دون وهذا منها وما زاد على الثلث يقف على إجازة الورثة فإن أجازوه جاز وإلا رد إلى الورثة ولا تعتبر قيمة أم الولد من الثلث لأنها تعتق من رأس المال فلا تحتسب من الثلث كقضاء الديون وأداء الواجبات .

(فصل) وان أوصى لمديره أو مدبرته صححت الوصية أيضا إلا أنه تعتبر قيمته وما أوصى له به من الثلث لان التدبير تبرع فكان من الثلث كالوصية فان خرجا من الثلث عتق وكان ما أوصى به له وصحت الوصية لأنها وقعت في حال حرته فأشبهت الوصية لأم ولده ، وإن لم يخرجها من الثلث اعتبرت قيمته من الثلث

فيعتق منه بقدر الثلث ليعتق دون المال ، وإن كانت قيمته بقدر الثلث عتق ولا وصية له وإن فضل من الثلث شيء بعد عتقه فله من الوصية تمام الثلث ويقف ما زاد على إجازة الورثة .

« مسألة ، قال (وإذا مات عن أم ولده فعدتها حيضة)

إنما كان كذلك لأن الواجب عليها استبراء نفسها لخروجها من ملك سيدها الذي كان يطؤها فكان ذلك بحيضة كما لو أعتقها سيدها في حياتها ، وإنما سمي الحرقى هذا عدة لأن الاستبراء أشبه العدة في كونه يمنع النكاح وتحصل به معرفة برأتها من الحمل ، وقد ذكرنا هذه المسألة في العدد والخلاف فيها على ما مضى .

« مسألة ، قال (وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها)

وجملته أن أم الولد إذا جنت تعلق أرش جنايتها برقيبتها وعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو دونها . وبهذا قال الشافعي . وحكى أبو بكر عبد العزيز قولاً آخر أنه يفديها بأرش جنايتها بالغة ما بلغت لأنه لم يسلمها في الجناية فلزمه أرش جنايتها بالغة ما بلغت كالقن . وقال أبو ثور وأهل الظاهر ليس عليه فداؤها وتكون جنايتها في ذمتها تتبع بها إذا عتقت لأنه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحررة .

ولنا أنها مملوكة له كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنايتها كالقن ولا تلزمه زيادة على قيمتها لأنه لم يمتنع من تسليمها ، وإنما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلاً للبيع ولا لنقل الملك فيها ، وفارقت القن إذا لم يسلمها ، فإنه إن أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها مزايده أكثر من قيمتها ، فإذا امتنع مالكمها من تسليمها أوجبنا عليه الأرش بكاله ؛ وفي مسألتنا لا يحتمل ذلك فيها فإن بيعها غير جائز فلم يكن عليه أكثر من قيمتها

(فصل) وإذا ماتت قبل فداها فلا شيء على سيدها لأنه لم يتعلق بذمته شيء وإنما تعلق برقيبتها فإذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه ، وإن نقصت قيمتها قبل فداها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء ، لأنها لو تلف جميعها لسقط الفداء .

فوجب أن يسقط بغضه بثلف بغضها ، وإن زادت قيمتها زاد فداؤها لأن متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالرقيق القن ، وينبغي أن تحسب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد لأن ذلك نقصها فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ، ولأن الواجب قيمتها في حال فدائها وقيمتها ناقصة عن قيمة غير أم الولد فيجب أن ينقص فداؤها وأن يكون مقدار قيمتها في حال كونها أم ولد ، والحكم في المدبرة كالحكم في أم الولد إلا أنها يجوز بيعها في رواية فيمكن تسليمها للبيع إن اختار سيدها ، وإن امتنع منه فهل يقدمها بأقل الأمرين أو يلزمه أرش الجنابة بالغاما بلغ ؟ يخرج على روايتين .

(فصل) وإن كسبت بعد جنابتها شيئا فهو لسيدها لأن الملك ثابت له دون المجنى عليه وإن ولدت فهو لسيدها أيضا لأنه منفصل عنها فأشبهه الكسب ؛ وإن فداها في حال حملها فعليه قيمتها حاملا لأن الولد متصل بها فأشبهه سمنها ، وإن أتلفها سيدها فعليه قيمتها لأنه أتلف حق غيره فأشبهه ما لو أتلف الرهن ، وإن نقصها فعليه نقصها لأنه لما ضمن العين ضمن أجزائها والله اعلم

« مسأله ، قال (فإن عادت لجنحت فداها كما وصفت)

وجملته أن أم الولد إذا جنحت جنابات لم تخل من أن تكون الجنابات كلها قبل فداء شيء منها أو بعده ، فإن كانت قبل الفداء تعلق أرش الجميع برقيبتها ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها أو أرش جميعها وعليه الأقل منهما ، ويشترك المجنى عليهم في الواجب لهم فإن وفي بها وإلا تحاصروا فيه بقدر أروش جناباتهم ، وإن كان الثاني بعد فدائها من الأولى فعليه فداؤها من التي بعدها كما فدى الأولى ، وقال أبو الخطاب عن أحمد رضي الله عنه رواية ثانية : إذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك لأنها جانية فلم يلزمه أكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها ، وقال الشافعي رضي الله عنه في أحد قولي : لا يضمنها ثانيا ، ويشترك الثاني الأول فيما أخذه كما لو كانت الجنابات قبل فدائها .

ولنا إنها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالأولى ، ولأن ما أخذه الأول عوض جنابته أخذه بحق فلم يحز أن يشاركه غيره فيه كأرش جنابة لغيره أو الرقيق القن

وفارق ما قبل الفداء لأن أرش الجنايات تعلق برقبته في وقت واحد فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنايات على واحد .

(فصل) فإن أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقيين إذا كانت كلها قبل الفداء وإن كانت الجناية المعفو عنها بعد فدائه توفر أرشها على سيدها والله أعلم

• مسألة ، قال (ووصية الرجل لأم ولده واليها جائزة)

أما الوصية لها فقد ذكرناها وأما الوصية اليها لجائزة لأنها في حال نفوذ الوصية حرة فأشبهت زوجته أو غيرها من النساء . ويعتبر لصحة الوصية اليها ما يعتبر في غيرها من العدالة والعقل وسائر الشروط وسواء كانت الوصية على أولادها أو غيرهم أو وصى اليها بتفريق ثلثه أو قضاء دينه أو إمضاء وصيته أو غير ذلك .

• مسألة ، قال (وله تزويجها وإن كرهت)

وجملته : أن للرجل تزويج أم ولده أحببت ذلك أم كرهت ، وبهذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه وهو أحد قولي الشافعي واختيار المزنى وقال في القديم ليس له تزويجها إلا برضاها لأنها قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد إبطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة ، وقال في الثالث ليس له تزويجها وإن رضيت ، لأن ملكه فيها قد ضعف وهي لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة وهل يزوجه الحاكم على هذا القول ؟ فيه خلاف . وقد روى عن أحمد رضي الله عنه أنه قيل له أن مالكا لا يرى تزويجها فقال وما نضنع بمالك ؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان إذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها .

ولنا أنها أمة يملك الاستمتاع بها واستخدامها فملك تزويجها كالقن وفارقت المكاتبة فإنه لا يملك ذلك منها ، والقول الثالث : فاسد لذلك ولأنه يفضى إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه ، وقولهم يزوجه الحاكم لا يصح فإن الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولي أو غيبته أو عضله ولم يوجد واحد منها إذا ثبت هذا فله إذا زوجها فالمر له لأنه بمنزلة كسبها وكسبها له وإذا عتقت بموته فإن كان زوجها عبداً قلها الخيار ولأنها عتقت تحت عبد وإن كان حراً فلا خيار لها .

« مسأله ، قال ﴿ ولا حد على من قذفها ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم ، وقد روى عن أحمد رضى الله عنه أنه عليه الحد لأن ذلك يروى عن ابن عمر ولأن قذفها قذف لولدها الحر ، وفيها معنى يمنع بيعها فأشبهت الحرية والاول أصبح لأنها أمة حكمها حكم الإمام في أكثر أحكامها ففي الحد أولى ، لأن الحدود تدرك بالشبهات ويحتاج لإسقاطها ولأنها أمة نعتق بالموت أشبهت المدبرة وتفارق الحرية فإنها كاملة .

(فصل) ولا يجب القصاص على الحرية بقتلها لعدم المكافأة ، وإن كان القاتل لها رقيقا وجب القصاص عليه لأنها أكمل منه ، وإن جنت على عبد أو أمة جناية فيها القصاص لزمها القصاص لأنها أمة أحكامها أحكام الإمام واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة .

« مسأله ، قال ﴿ وإن صلت مكشوفة الرأس كره لها ذلك وأجزأها ﴾

إنما كره لها كشف رأسها في صلاتها لأنها قد أخذت شيئا من الحرائر لا متناع بيعها ، وقد سئل أحمد رضى الله عنه عن أم الولد كيف تصلي ؟ قال تغطي رأسها وقدميها لأنها لا تباع ، وكان الحسن يحب للأمة إذا عهدها سيدها - يعنى وطنها - أن لا تصلي إلا بمجتمعة ، وإن صلت مكشوفة الرأس أجزأها لأنها أمة حكمها حكم الإمام .

قال إبراهيم : تصلي أم الولد بغير قناع وإن كانت بنت ستين سنة ، وقد روى عن أحمد رضى الله عنه رواية أخرى أن عورتها عورة الحرية ، وذكرنا ذلك في كتاب الصلاة والصحيح أن حكمها حكم الإمام ، وإنما خالفتم في استحقاقها للعتق وامتناع نقل الملك فيها وهذا لا يوجب تغير الحكم في عورتها كالمدبرة ، ولأن الأصل بقاء حكمها في إباحة كشف رأسها ولم يوجد ما ينقل عنه من نص ولا مافى معناه فيبقى الحكم على ما كان عليه .

« مسأله ، قال ﴿ وإذا قتلت أم الولد سيدها فعليها قيمة نفسها ﴾

وجملته : أن أم الولد إذا قتلت سيدها عتقت لأنها لا يمكن نقل الملك فيها وقد زال ملك سيدها بقتله فصارت حرة كما لو قتله غيرها وعليها قيمة نفسها إن لم

يجب القصاص عليها ، وهذا قول أبي يوسف ، وقال الشافعي : عليها الدية لأنها
تصير حرة ولذلك لزمها موجب جنائتها والواجب على الحر بقتل الحر دية .
ولنا أنها جنائية من أم ولد فلم يجب بها أكثر من قيمتها كما لو جنت على أجنبي
ولأن اعتبار الجناية في حق الجاني بحال الجناية بدليل ما لو جنى على عبد فأعتقه
سيده وهي في حال الجناية أمة فإنها إنما عتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون
عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها إذا قتلت غيره ولأنها ناقصة بالرق
أشبهت القن وتفارق الحر فإنه جنى وهو كامل ، وإنما تعلق موجب الجناية بها
لأنها فوتت رقها بقتلها لسيدها فأشبه ما لو فوت المكاتب الجاني رقه بأدائه .
وأما أن قتلت سيدها عمداً ولم يكن لها منه ولد فعليها القصاص لورثة سيدها
وإن كان له منها ولد وهو الوارث وحده فلا قصاص عليها لأنه لو وجب لوجب
لولدها ولا يجب للولد على أمه قصاص ، وقد توقف — أحمد رضي الله عنه عن
هذه المسألة في رواية مهنا ، وقال دعنا من هذه المسائل ، وقياس مذهبه ما ذكرناه
وإن كان لها منه ولد وله أولاد من غيرها لم يجب القصاص أيضاً لأن حق ولدها
من القصاص يستقط فيسقط كاه ، وقد نقل مهنا عن أحمد (رض) أنه يقتلها أولاده
من غيرها وهذه الرواية تخالف — أصول مذهبه ، والصحيح أنه لا قصاص عليها
ويجب عليها فداء نفسها بقيمتها كما لو عفا بعض مستحق القصاص عن حقه منه
والله أعلم .

والحمد لله وحده ، وصلى الله على محمد

تم الجزء العاشر وبه تم الكتاب

لأول مرة في مصر

الاجابة

لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ مُحَمَّدٌ عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ

وفيه ترجمة وافية للسيدة عائشة وبيان خصائصها تفصيلا

للملأمة

بدر الدين الزركشى

٧٤٥ - ٧٩٤ هـ

الناشر

ذكرى علي يوسف

الثن ١٢ قرشا

(فهرس الجزء العاشر من المفتي)

- ٢ كتاب الكفارات من وجبت عليه بالحنث كفازة يمين فهو مخير الخ
- ٤ شروط من تدفع اليه الكفارة ٥ قدر ما لكل مسكين من الكفارة
- ٦ معنى قوله تعالى (من أوسط ما تطعمون أهليكم)
- ٧ الأفضل إخراج الحب ويجب أن يكون سالماً من العيب
- ٧ لا يجزى مكان الطعام أن يعطيهم أضعاف قيمته ورقاً
- ٨ ويعطى من أقاربه من يجوز أن يعطيه زكاة ماله ، وكل من يمنع من الزكاة يمنع من الكفارة . العاجز عن عدد المساكين يردد على الموجودين
- ٩ وإن أطعم كل يوم مسكيناً حتى أكمل العشرة ١٠ وإن أطعم مسكيناً في يوم واحد من كفارتين ، وما يجزى للرجل وما يجزى للمرأة من كسوة الكفارة ١١ يجوز أن يكسوم من جميع أصناف الكسوة
- ١٢ والذين تجزى كسوتهم هم المساكين . التعليل لشرط كون الرقبة مؤمنة صلت وصامت ١٣ يجزى عتق الصبي المسلم في الكفارة
- ١٤ حكم ما لو أعتق غائباً تعلم حياته ، ولا يصح أداء الكفارة عنه وجبت عليه بغير أمره ١٥ حكم ما لو اشترى الرقبة بشرط العتق فأعتقها في الكفارة
- ١٦ ولو قال له رجل أعتق عبدك من كفارتك . حكم ما لو اشترى من يعتق عليه ينوي بشرائه الكفارة ١٧ حكم ما لو ملك نصف عبد فأعتقه عن كفارته
- ١٨ وإن كان العبد كله له فأعتق جزءاً منه . وإن قال إن ملكك فلاناً فهو حر لا يجزى في الكفارة أم ولد ولا ولد أم الولد ، ولا يجزى المسكاتب ويجزى المدبر والخصي وولد الزنا ٢٠ من لم يجد واحداً من هذه الثلاثة أجزأه صيام ثلاثة أيام ٢١ لو كان الطحاث عبداً لم يكفر بغير الصوم
- ٢٢ حكم ما لو أعتق العبد عبداً عن كفارته بإذن سيده ٢٣ وليس للسيد منع عبده من التكفير بالصيام . حكم من حنت وهو عبد فلم يكفر حتى يعتق
- ٢٤ ومن نصفه حر . ويكفر بالصوم من لم يفضل عن قوته وقوت عياله ما يكفر به
- ٢٥ حكم ما لو وجد ما يكفر به وعليه دين فإن كان له مال غائب أو دين يرجو سداً ٢٦ من له دار لا غنى له عنها أجزأه الصيام في الكفارة

- ٢٧ يجوز له إطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة ٢٨ حكم ما لو أطعم المسكين بعض الطعام وكساه بعض الكسوة . وان أعتق نصفين عبدتين الخ
- ٢٩ وان أعتق نصف عبد وأطعم خمسة مساكين . ولو أطعم بعض المساكين ونحوه ولم يكن له ما يتم به الكفارة ٣٠ حكم من دخل في الصوم ثم أيسر
- ٣١ حكم ما لو وجبت الكفارة على موثر فأعسر

(باب جامع الايمان)

- ٣٢ ويرجع في الايمان إلى النية ٣٣ ومن شرط انصراف اللفظ إلى ما نواه الخ وحكم ما لو لم ينو شيئاً ٣٥ حكم ما لو اختلف السبب والنية . ولو حلف لا يسكن داراً هو ساكنها خرج من وقته ، ان حلف لا يقيم فأقام لنقل متاعه لم يحنث . وان أكره على المقام ٣٧ حكم ما لو حلف لا يسكن فلاناً
- ٣٨ حكم ما لو حلف لا ساكن فلاناً في هذه الدار ، وان حلف ليخرج من هذه الدار ٣٩ لو حلف لا يدخل الدار فأكره على دخولها ، وان رقى فوق سطحها حنث ٤٠ ما لو حلف لا يدخل الدار فتعلق بفصن شجرة في الدار ، وان حلف لا يضع قدمه في الدار فدخلها راكباً ، وان حلف لا يدخل هذه الدار من بابها ٤١ ما لو حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً مملوكة له ٤٢ ما لو حلف لا يدخل داراً فأدخل يده
- ٤٤ ومن حلف ألا يلبس ثوباً وهو لابس ٤٥ فروع في الحلف
- ٤٦ ما لو حلف لا يضاجع امرأته على فراشهما عليه فإن حلف لا يلبس هذا الثوب أو ليلبس امرأته حلياً ٤٧ ما لو حلف ألا يأكل طعاماً اشتراه زيد الخ ٤٨ ما لو حلف ألا يلبس من غزل فلانة
- ٤٩ فإن قال أنت طالق ان كنت زيدا وعمراً ٥٠ من حلف ألا يلبس ثوباً فاشترى به أو بثمنه ثوباً فلبسه ، وان امتنت عليه امرأته بثوب فحلف الخ
- ٥١ ما لو حلف ألا يأوى مع زوجته في دار ، وان برها بهدية ، ان حلف ان حلف ألا يدخل عليها ٥٢ ما لو حلف ان يضرب عبده في غد فأت
- ٥٤ ما لو حلف لا يكلم فلاناً حيناً ٥٥ ما لو حلف لا يكلمه زمناً أو نحوه

- ٥٦ حكم ما لو حلف أن يعطيه حقه في وقت فقضاء قبله
- ٥٨ ولو حلف أن لا يشرب ماء هذا الإناء ٥٩ ولو حلف أن لا يشرب من ماء دجله
- ٦٠ لو قال لا فارقتك حتى استوفى حتى ٦٢ لو حلف على زوجته أن لا تخرج
- ٦٥ ما لو حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله ثمرا ٧٧ أقسام الأسماء
- ٨٢ ومن حلف بالطلاق ألا يأكل ثمرة فوقع في ثمره
- ٨٣ ولو حلف أن يضربه عشرة سياط لجمعها فضربه بها ضربة واحدة
- ٨٦ ما لو كلف غير المحلوف عليه لسمع ٨٧ فصول أخرى في الحلف
- ٩١ باب النذور . نهى رسول الله (ص) عن النذر ، ومن نذر أن يطعم الله عز وجل ومن نذر أن يعصيه ٩٧ ومن نذر أن يتصدق بماله كله
- ٩٩ ومن نذر أن يصوم وهو شيخ كبير لا يطيقه ١٠٠ وإذا نذر صياما ولم يذكر عددا ١٠١ فيمن نذر المشي إلى بيت الله الحرام ١٠٣ فيمن نذر الحج راكبا
- ١٠٤ فيمن نذر المشي إلى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم
- ١٠٦ فيمن نذر عتق رقبة . ما لو نذر هدياً مطلقاً ١٠٧ من نذر هدياً لزمه إيصاله إلى مساكن الحرم ١٠٨ ما لو نذر أن يهدي إلى غير ، ما لو نذر صوم شهر من يوم يقدم فلان ١٠٩ لو نذر أن يحج العام وعليه حجة الاسلام
- ١١٠ ما لو نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم يوم فطر أو أضحى
- ١١٢ ما لو قال لله على صوم يوم العيد . وان وافق قدومه يوم من أيام التشريق
- ١١٣ لو نذر صوم سنة بعينها ١١٤ ما لو نذر أن يصوم شهرا متتابعاً
- ١١٥ ما بين الهلالين شهر ١١٦ لو نذر صوم شهر بعينه فافطر يوماً
- ١١٧ فيمن جن جميع الشهر المعين ١١٨ فيمن نذر أن يصوم فمات قبل أن يصوم وقضاء النذر عن الميت ١٢٠ فيمن نذر أن يطوف على أربع
- ١٢١ فيما لو نذر صوم الدهر وفي صيغة النذر
- ١٢٢ كتاب القضاء ، والقضاء من فروض الكفايات وفيه خطر عظيم ووزر كبير لمن لم يؤد الحق فيه ١٢٣ في ضروب الناس في القضاء
- ١٢٤ يجوز للقاضي أخذ الرزق ١٢٥ بعث القضاء إلى الأمصار
- ١٢٦ في شروط القاضي

- ١٣٠ ليس من شروط الحاكم كونه كاتباً وينبغي للحاكم أن يكون قوياً من غير عنف لينال من غير ضئف .
- ١٣١ للقاضي أن ينتهر الخصم إذا التوى ١٣١ وإن ولي الأمام قاضياً في غير بلده ١٣٣ فيما ينظر فيه الحاكم أول مجلسه ١٣٦ لا يحكم القاضي بين اثنين وهو غضبان ١٣٧ فيما إذا نزل بالقاضي أمر مشكل
- ١٣٩ يستحب أن يحضر أهل العلم مجلس القاضي ١٤١ ما يحكم القاضي فيه بعلمه وما لا يحكم فيه ١٤٢ ما ينقضه القاضي من حكم غيره .
- ١٤٣ لا ينقض القاضي حكم غيره لمخالفة اجتهاده ١٤٤ فيما لو تغير اجتهاد القاضي قبل الحكم في الحادثة ١٤٤ ليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله ١٤٥ حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته
- ١٤٦ حكم مالهو استعدى رجل على رجل إلى الحاكم ١٤٧ مالهو كان المدعى عليه غائباً ١٤٩ مالهو استعدى الحاكم على الحاكم المعزول
- ١٤٩ لو ادعى أن الشهود شهود زور ٢٥٠ شروط الشاهد ١٥٢ فيما لو شهد عند الحاكم بجهول الحال ١٥٣ وإن عدله اثنان وجرحه اثنان
- ١٥٤ لا يكفي أن يقول لا أعلم منه إلا الخير ، لابد من ذكر أسباب الجرح
- ١٥٦ ولا يقبل الجرح من الخصم ولا تقبل شهادة المتوسمين ١٥٦ ليس للحاكم ترتيب شهود لا يقبل غيرهم ولا بأس أن يعط الشاهدين .
- ١٥٧ يكون كاتب القاضي عدلاً وكذلك قاسمه ١٥٨ وإذا ترفع إلى الحاكم خصمان فافر أحدهما صاحبه ١٥٩ صفة المحضر ، صورة السجل
- ١٦١ إدعاء أحد الخصمين أن الحاكم سبق أن حكم له وذكر الحاكم ذلك
- ١٦٢ في عدم قبول الهدية للقاضي ١٦٣ في الرشوة في الحكم ورشوة للعامل
- ١٦٣ لا ينبغي للقاضي أن يتولى البيع ولا الشراء ١٦٤ يجوز للقاضي حضور الولائم وعبادة المرضى وشهود الجنائز ١٦٥ وجوب العدل بين الخصمين الخ
- ١٦٦ السنة بين الخصمين في الجلاوس بين يدي القاضي ١٦٧ في ترتيب الجلاوس عند القاضي ١٦٩ لا يسمع الحاكم الدعوى إلا بحرق
- ١٧٢ تفريق الشهود وأول من فعله وحكم مالهو كان الحق لجماعة فوضوا بينهم واحدة

- ١٧٣ بحكم ما لو قال المدعى لي بينة خاطئة ١٧٤ فيما لو حكم القاضي على رجل في غير عمله ١٧٤ كتابة القاضي الى القاضي
- ١٧٨ قبول الكتاب من قاضي مصر الى قاضي مصر وصفة كتاب القاضي الى القاضي ١٧٩ لا يقبل كتاب القاضي الا بشهادة عدلين
- ١٨١ تغير حال القاضي بفسق ١٨٣ فيما لو تحاكم الى القاضي اجمعيان ، أمر النبي (ص) بتعلم كتابة يهود ١٨٤ فيما لو قال كنت حكمت في ولايتي لفلان الخ ١٨٦ فيما لو أخبر القاضي بحكمه في غير موضع ولايته
- ١٨٧ الامام تولية القضاء في بلده وغيره ١٨٨ ويجوز أن يولي الامام قاضياً عذوم النظر في خصوص العمل ١٨٩ لا يجوز ان يقلد القضاء على ان يحكم بمذهب بعينه ١٨٩ ليس للحاكم ان يحكم لنفسه
- ١٩٠ فيما لو حكما رجلا بينهما ورضياه ١٩١ في الحكم على الغائب
- ١٩٣ الحاضر في البلد لا يقضى عليه الا . . . ١٩٥ (كتاب القسمة) واذا اتاه شريكان في ربع أو نحوه ١٩٦ قسمة المكيلات والموزونات
- ١٩٨ لو سأل شريك القسمة فامتنع ١٩٩ باختلاف الضرر المانع من القسمة
- ٢٠١ حكم ما لو عدمت شروط القسمة أو أحدها ٢٠٢ فيما لو كانت بينهما دار أو خان ٢٠٥ طرح السهام إذا قسم ٢٠٦ أقسام قسمة الاجبار
- اختلاف السهام والقيمة ٢٠٩ فيما لو ظهر في نصيب أحدهما عيب
- ٢١٥ كتاب الشهادات ، تحمل للشهادة وأداؤها فرض كفاية ٢١٦ شهود الزنا وما يشترط فيهم ٢١٧ لا يقبل فيما سوى الاموال أقل من رجلين
- ٢١٩ ما ثبت به الاعسار والوصية ٢٢٠ لا يقبل في شهادة الاموال أقل من رجل وامرأتين الخ ٢٢٢ ما لو ادعى رجل على آخر سرقة نصاب من حرزه الخ ٢٢٤ تقبل شهادة امرأة عدل فيها لا يطلع عليه الرجال
- ٢٢٦ فيمن لزمته الشهادة ولا يجوز لمن له كفاية أخذ الجعل على الشهادة
- ٢٢٦ مدرك العلم الذي تقع به الشهادة الرؤية والسمع ٢٢٨ المرأة كالرجل في جواز الشهادة عليها ٢٢٩ الشهادة بالاستفاضة
- ٢٣٩ لو شهد عدلان أن فلانا مات وخلف الخ ٢٣٢ شروط الشهادة

- ٢٣٥ العدل من لم تظهر منه رية ٢٣٦ بيان ما يسقط المروءة من الاخلاق
والعادات والحرف ٢٣٨ لعب النردشير يرد الشهادة وكذا كل لعب فيه قمار
٢٤٠ اللاعب بالحمام لا شهادة له . في المسابقة المشروعة . في الملاهي
٢٤٢ في حكم الغناء والحداء والشعر ٢٤٤ ليس في إباحة الشعر خلاف
٢٤٦ في قراءة القرآن بالألحان ٢٤٨ لا تقبل شهادة الطفيلي ومن سأل دون أن
تحل له المسألة ٢٤٨ من فعل شيئا من الفروع مختلفا فيه لم ترد شهادته
٢٤٩ تجوز شهادة أهل الكتاب في الوصية في السفر الخ
٢٥١ فيما لا تجوز فيه شهادة الكفار على المسلم ٢٥٢ لا تقبل شهادة خصم ولا
جار الى نفسه ولا دافع عنها ٢٥٣ فيما لو شهد على رجل بحق فقتله
المشهود عليه ٢٥٥ لا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط وتجاوز شهادة
الاعمى إذا تيقن الصوت ٢٥٧ لا تجوز شهادة الأخرس بحال
٢٥٨ لا تجوز شهادة الوالدين للولد الخ ٢٥٩ لا تجوز شهادة العبد لسيده ولا
السيد لعبده ٢٦٠ لا تجوز شهادة الزوج لامراته والمرأة لزوجها
٢٦٠ شهادة الاخ لأخيه جائزة والعم والحال والصدیق
٢٦٣ حكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن . شهادة ولد الزنا
وإذا تاب القاذف قبلت شهادته ٢٦٥ القاذف في الشتم ترد شهادته
٢٦٦ في قبول توبة من تاب وتوبته أن يكذب نفسه
٢٦٧ التوبة ضربان باطنة وحكمية ٢٦٩ من ردت شهادته وهو غير عدل لم تقبل
وهو عدل ٢٧٠ فيما لو شهد وهو عدل فلم يحكم بها حتى تغير
٢٧٢ في شهادة العدل على العدل وشروطها
٢٧٧ في كيفية أداء الشهادة على الشهادة وشهادة المرأة على المرأة
٢٧٨ لا يقبل على شاهد أصل الا شاهدا فرع ٢٧٩ في الشهادة على من سمعه يقر بحق
٢٨٠ الحقوق ضربان ٢٨١ فيمن كانت عنده شهادة لأدمي

كتاب الاقضية

- ٢٨٣ فيما لو هلك رجل وخلف ولدين ومائتي درهم الخ
٢٨٤ ولو هلك رجل عن ابنين وله حق بشاهد وعليه دين الخ

- ٢٨٤ فيما لو حلف أحد الابنين مع الشاهد الخ
- ٢٨٦ فيما لو خلف أبوين وثلاثة بنين ودارا فادعى البنون وقفها عليهم
- ٢٨٩ فيمن ادعى دعوى وذكر أن بينته بالبعد منه الخ
- ٢٨٩ فيما لو طلب المدعى حبس المدعى عليه أو إقامة كفيل
- ٢٩٠ في اليمين التي يبرأ بها المطلوب ٢٩٢ في كيف يقسم اليهودى والنصرانى .
- ٢٩٣ تغليظ الايمان ومعناه
- ٢٩٤ الشهادة بالوصية في السفر والمواضع التي خالفت فيها القياس
- ٢٩٥ يحلف الرجل على البت ويحلف الوارث على العلم
- ٢٩٦ فيما لو توجهت عليه يمين هو فيها صادق ٢٩٧ في الحلف الكاذب
- ٢٩٨ يمين الحالف على حسب جوابه ٢٩٩ لا تدخل اليمين النيابة
- فيما لو نكل من توجهت عليه اليمين وقال لى بينة
- ٣٠١ فيما لو حلف ثم قال ان شاء الله . الحقوق ضربان ٣٠٢ الحقوق المالية
- ٣٠٣ فيما لو شهد من الأربعة اثنان أن هذا زنى بها
- ٣٠٤ في الشهادة على فعلين
- ٣٠٥ فيما لو كانت الشهادة على فعل اختلف الشاهدان في زمانه أو مكانه
- ٣٠٦ في الشهادة على الاقرار ٣٠٧ في الاختلاف في الشهادة بالزمان
- ٣٠٨ في الشهادة بالنكاح ٣٠٩ فيما لو شهدا بجرح أو قتل ثم رجعا
- في الرجوع عن الشهادة بعد الاستيفاء
- ٣١٢ فيما لو رجع أحد الشاهدين وحده وفيما لو كانت شهادتهما بمال
- ٣١٣ اذا كان المحكوم به عبد غرما قيمته
- ٣١٣ فيما لو شهدا على امرأة بطلاق أو بنكاح فحكم به ثم رجعا
- ٣١٤ في المواضع التي يجب الضمان فيها على الشهود بالرجوع
- ٣١٦ فيما لو حكم الحاكم بشهادة رجل وامرأتين
- فيما لو شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان الخ
- ٣١٧ فيما لو شهد شاهدا فرع على شاهدى أصل الخ
- ٣١٨ فيما لو حكم الحاكم بشاهد ويمين فرجع الشاهد

- ٣١٩ فيما لو قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ثم بان أنهما كافران
 ٣٢٠ فيما لو شهد بالزنا أربعة وزكاهم اثنان ثم ظهر أن الشهود فسقة
 ٣٢١ د د حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ثم بان فسقهما
 ٣٢٢ فيما لو ادعى العبد أن سيده أعتقه . في شهادة الزور وقاديه
 ٣٢٣ فيما لو غير العدل شهادته بحضرة الحاكم
 ٣٢٤ فيما اذا شهد شاهد بألف وآخر وخمسمائة
 ٣٢٥ فيمن ادعى شهادة عدل فأنكر أن تكون عنده شهادة
 ٣٢٦ فيما لو مات رجل وخلف ابنا وألف درهم
 ٣٢٧ في إشارة المريض بالإقرار
 ٣٢٨ ومن ادعى دعوى وقال لا بينة لي ثم أتى بينة بعد ذلك
 ٣٢٩ واذا شهد الوصى على من هو موصى عليهم
 ٣٣٠ في شهادة الطبيب على الموضحة

كتاب الدعاوى والبيّنات

- ٣٣١ لا يستحلف على النكاح
 ٣٣٢ فيما لو ادعى رجل نكاح امرأة
 ٣٣٣ فيما لو ادعت المرأة النكاح وذكرت معه حقاً من حقوق النكاح
 في سائر العقود غير النكاح من حيث الكشف وذكر الشروط
 ٣٣٤ فيما لو ادعى دابة في يد رجل فأنكر وأقام كل واحد بينه
 ٣٣٥ فصلان في البينة ٣٣٦ فيما لو ادعى الخارج أن الدابة ملكه
 ٣٣٧ فيما لو ادعى زيد شاة في يد عمرو
 ٣٣٨ فيما لو كان في يد رجل شاة فادعاهما رجل
 ٣٣٩ فيما لو كانت الدابة في أيديهما فأقام كل منهما بينة أنها له
 ٣٤٠ فيما لو شهدت إحداهما أنها له منذ سنة وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين
 ٣٤١ لا ترجح إحدى البيتين بكثرة العدد ٣٤٢ فيما لو كان في أيديهما دار
 فادعاهما أحدهما كلها ٣٤٣ فيما لو كانت الدار في يد ثلاثة الخ

- ٣٤٧ لو كانت الدار في يد أربعة الخ ٣٤٨ لو كانت الدابة في يد غيرهما واعترف أنه لا يملكها ٣٥٠ فإن أنكرهما من العين في يده
- ٣٥١ لو كان في يد رجل دار فادعاهما نفسان . فيما اذا تداعيا عينا الخ
- ٣٥٢ لو ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة — لو كانت دار في يد رجل فادعى عليه رجلان — لو ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بألف
- ٣٥٤ لو مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا الميت
- ٣٥٥ لو ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك ٣٥٦ اذا قال لعبد ان قتلت فأنت حر ٣٥٧ إذا ادعى سالم أن سيده أعتقه في مرض موته الخ
- ٣٥٨ فإن خلف المريض ابنين لا وارث له سواهما فشهد الخ
- ٣٥٩ فإن شهد عدلان أجنيان أنه وصى بعق سالم
- ٣٦٠ ولو شهدت بيعة عادلة أنه وصى لزيد بثلاث ماله
- ٣٦١ فيما لو شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلاث ماله وشهد واحد ...
- ٣٦٢ لو كان في يده دار فادعاهما رجل فأقر بها لغيره
- ٣٦٤ فيما لو طلب المدعى أن يكتب له محضر بما جرى
- ٣٦٤ وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخلفه وأخاه غائبا
- ٣٦٦ وإذا اختلف في دار في يد أحدهما وأقام أحدهما بيعة الخ . وان ادعى أمة أنها له الخ ٣٦٧ وإذا كانت في يد زيد دار فادعاهما عمر ، وإذا كان في يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه ٣٦٨ وان ادعى اثنان رق بالغ في أيديهما فأنكرهما ٣٦٩ ولو كان في يده صغيره فادعى نكاحها
- ٣٧٠ وإذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بألف وشهد أحدهما أنه قضاه
- ٣٧١ ولو مات رجل وخلف — ولدين مسلما وكافرا
- ٣٧٢ وان أقام المسلم بيعة أنه مات مسلما الخ ٣٧٣ وان خلف ابنا مسلما و ...
- ٣٧٥ وإذا ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت قبل ابنها الخ
- ٣٧٦ ولو كان في يد رجل دار فادعت امرأته أنه أصدقها أياها
- ٣٧٧ ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفا ٣٧٨ لو دخل إلينا أهل الحرب فأقر بعضهم بنسب بعض . وجوه الاقرار بالنسب

- ٣٨٠ في ما لو اختلف الزوجان في مناع البيت ٣٨٢ وإذا كان في الدكان تجار وعطار
- ٣٨٢ وإذا كان الحياط في دار غيره فاختلغا في الإبرة والمقتص
- ٣٨٣ وإذا تنازع رجلان دابة أحدهما راكبها ٣٨٤ ومن كان له على أحد حق
- وقدر له على مال ٣٨٧ ولو ادعى انسان على إنسان حق وأقام به شاهدين الخ
- ٣٨٨ وإن ادعى العبد أن سيده أعتقه
- ٣٨٩ كتاب العتق ، معناه وفضله ٣٩١ بيان ما يحصل به العتق
- ٣٩١ إن قال لا كبر منه هذا ابني ٣٩٢ يصبح العتق من كل من يجوز تصرفه في
- المال . لا يصبح العتق من غير المالك ٣٩٣ وإذا كان العبد بين ثلاثة فاعتقوه
- ٣٩٤ إذا قال أحد الشركاء للعبد إن دخلت الدار فنصبي منك حر
- ٣٩٤ لو أعتق أحد الشركاء نصيبه وهو موسر ٣٩٥ ولا فرق في هذا بين كون
- الشركاء مسلمين أو كافرين ٣٩٦ فإن أعتقه بعد عتق الأول الخ
- ٣٩٧ القيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق ٣٩٨ في المعتبر من اليسار ، إذا قال شريك
- لشريكه إذا أعتقت نصيبك فاعتق نصيبي ٣٩٩ وإن أعتقه الأول وهو
- معرس والثاني وهو موسر ٤٠١ في العتق بالسعاية
- ٤٠٢ لو كان المعتق الثاني معسراً — حكم من أعتق بعضه
- ٤٠٤ وإذا كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد أن شريكه أعتق حقه
- ٤٠٤ وإن اشترى أحدهما نصيب الآخر ٤٠٥ وكل من شهد على سيد عبد بعتق
- عبده ثم اشتراه ٤٠٦ وإن كان الشريكان موسرين الخ ، وإن كان أحد
- الشريكين موسراً والآخر معسراً ٤٠٧ وإن ادعى أحد الشريكين أن
- شريكه أعتق نصيبه ٤٠٨ وإذا مات الرجل وخلف ابنين وعبدان . أحوال
- العتق في المرض ٤٠٩ وإذا كان لرجل نصف عبد ولاخر ثلثه ولاخر سدسه
- ٤١٠ وإذا كانت الامة بين شريكين فأصابها أحدهما
- ٤١١ في قيمة الولد ومهر الامة إذا أصابها أحدهما . وإن ملك سهما من يعتق
- عليه بغير الميراث وهو موسر ٤١٤ وإن ورث الصبي والمجنون جزءاً من
- يعتق عليهما — وإذا باع عبداً لذي رحمته وأبجني
- ٤١٥ وإذا كان لرجل نصف عبدان متساويين

- ٤١٥ وان شهد شاهدان على ميت بعثت ٤١٦ واذا كان له ثلاثة أعبد فأعتقهم
 في مرض موته ٤١٧ القرعة وما ورد من السنه فيها ٤١٩ في كيفية القرعة
 ٤٢٢ وان كان على الميت دين يحيط بالتركة ٤٢٣ واذا أعتق في مرض موته
 ثلاثة لا يملك غيرهم ٤٢٤ ولو قال في مرض موته أحدكم حر أو كلكم حر
 ٤٢٦ واذا ملك نصف عبد فدبره ٤٢٧ حكم ما لو دبر بعضه وهو مالك لملكه
 ٢٤٨ ولو أعتقهم وثلثه يحتملهم ثم ظهر عليه دين ٤٢٩ وان أعتق المريض ثلاثة
 أعبد لا مال لهم غيرهم ، ولو أعتقهم وهم ثلاثة فأعتقنا منهم واحدا الخ
 ٤٣٠ واذا وصى بعثت عبد له يخرج من ثلثه ، فإن علق عتق عبده على شرط
 ٤٣١ واذا أعتق عبدا وللعبد مال ٤٣٢ واذا قال لعبد أنت حر في وقت سماه
 ٣٣٣ واذا قال لعبده ان لم أضربك عشرة أسواط فأنت حر ، واذا قال لعبده
 ان دخلت الدار فأنت حر ٤٣٤ وان قال لعبده أنت حر متى شئت
 ٤٣٤ في أقسام تعلق العتق ٤٣٧ واذا قال لعبده أنت حر وعليك ألف
 ٤٣٨ واذا علق عتق أمته وهي حامل ٤٣٩ واذا أسلمت أم ولد النصراني الخ
 ٤٣٩ واذا قال لامته أو ولد تلدينه فهو حر ٤٤٠ فيما لو قال أول غلام أملكه
 فهو حر — فيما لو قال آخر عبد أملكه فهو حر
 ٤٤١ واذا قال عبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال
 ٤٤١ ولو كان عبد بين شريكين فأعطى أحدهما خمسين ديناراً ويعتق نصيبه
 ٤٤٢ ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه

❦ كتاب التدبير ❦

- ٤٤٣ واذا قال لعبده أو أمته أنت مدبر الخ ، يعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال
 ٤٤٤ يجوز التدبير مطلقاً ومقيداً ٤٤٥ لو قال ان دخلت الدار بعد موتي فأنت حر
 ٤٤٥ فإن قال أنت حر بعد موتي بشهر ٤٤٦ اذا قال لعبده اذا قرأت القرآن فأنت
 حر بعد موتي ٤٤٧ اذا قال لعبده اذا مت فأنت حر أو لا ؟
 ٤٤٨ اذا دبر كل واحد نصيبه فمات أحدهما ٤٤٩ لا يجوز بيع المدبر في الدين
 وقيل يجوز ٥٠ في بيع المدبرة ، فإن اشتراه بعد ذلك رجع في التدبير

- ٤٥١ فيما لو دبره ثم قال قد رجعت ٤٥٢ وان ارتد المدبر ولحق بدار الحرب
 ٤٥٣ فإن ارتد سيد المدبر . ما ولدته المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها
 ٤٥٥ فإن علق عتق أمته بصفه . واذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها
 ٤٥٦ كسب المدبر في حياة سيده لسيدة ٤٥٧ للسيد إصابة المدبرة
 ٤٥٧ في إنكار التدبير ٤٥٨ واذا دبر عبده ومات وله مال
 ٤٦٠ وان كان المدبر عبيد وله دين آخر ، فصول في التدبير
 ٤٦١ في التدبير من الصبي ٤٦٣ واذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره . فأما سائر
 جنایات المدبر فلا .. ٤٦٥ واذا دبر السيد عبده ثم كاتبه
- كتاب المكاتب**
- ٤٦٦ اذا سأل العبد سيده مكاتبته ٤٦٨ لا تصح الكتابة الا من يصح تصرفه
 ٤٦٩ واذا كاتب الذی عبده المسلم ٤٧٠ وان كاتب الحر عبده
 ٤٧١ وان كاتب المرتد عبده ٤٧٢ واذا كاتب عبده أو أمته هل أنجم
 ٤٧٥ فيما تجوز عليه الكتابة ٤٧٦ تصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة
 ٤٧٨ وولاؤه لمكاتبه ، في اعطاء المكاتب شيئا مما كوتب عليه
 ٤٧٩ مقدار ما يعطى المكاتب مما كوتب عليه
 ٤٨٠ في جنس ما يعطاه المكاتب ووقت جوازه ووجوبه
 ٤٨١ وان عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد
 ٤٨٢ اذا حضر المكاتب مال الكتابة فقال السيد هذا حرام
 ٤٨٣ لو كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره
 ٤٨٤ اذا مات وأدى بعض كتابته وفي يده وقاه وفضل
 ٤٨٥ واذا مات ولم يخلف وقاه ٤٨٦ قتل المكاتب كوته في انفساخ الكتابة
 ٤٨٧ اذا مات السيد كان العبد على كتابته ٤٨٨ في ولاء المكاتب لسيدة
 ٤٨٩ لو أعتق الورثة المكاتب صح عتقهم ٤٩٠ اذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه
 ٤٩٠ ان أوصى السيد بمال الكتابة لرجل صح ٤٩١ اذا مات وخلف رجلين
 وعبد آخر ٤٩٣ لا يمنع المكاتب من السفر
 ٤٩٣ فإن شرط السيد على المكاتب ألا يسافر

- ٤٩٤ ليس للمكاتب أن يتزوج إلا بإذن سيده
- ٤٩٥ " " التسرى بغير إذن سيده
- ٤٩٦ " " أن يتزوج عبيده وإماءه
- " " " إعتاق رقيقه إلا بإذن سيده
- ٤٩٧ المكاتب محجور عليه في ماله ٤٩٨ ليس للمكاتب أن يكاتب إلا بإذن سيده
- ٤٩٩ ليس للمكاتب أن يبيع نسبته
- ٥٠٠ للمكاتب البيع والشراء بإجماع من أهل العلم ، في الربا بين العبد وسيده
- ٥٠١ فإن كان لكل واحد من السيد والمكاتب على صاحبه دين
- ٥٠٢ لا يجوز وطء المكاتبه من غير شرط ذلك في الكتابة وفي ماله شرط
- وطأها ٥٠٣ في وطء المكاتبه وبنتها وجاريتهما
- ٥٠٤ إن وطء السيد مكاتبته ولم يشترطه أدب
- ٥٠٥ فإن علقت المكاتبه بمن سيدها ٥٠٦ وإن أعتق السيد المكاتبه
- ٥٠٧ وإذا كانت بين شريكين فمكاتباهما ووطئها أحدهما ٥٠٩ فإن وطئها جميعا
- ٥١٠ فإن أولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما
- ٥١١ فإن اختلفا في السابق منهما ٥١٣ أقسام فيما لو وطئها معاً فأتت بولد
- ٥١٤ وإذا كاتب نصف عبد
- ٥١٦ وإذا كان العبد كله ملكاً لرجل . وإذا كان العبد لرجلين فمكاتباه معاً
- ٥١٨ ليس للمكاتب أن يؤدي إلى أحدهما أكثر من الآخر
- ٥٢٠ إن عجز مكاتبهما فلهما الفسخ ٥٢١ في زكاة مال المكاتب إذا عتق
- ٥٢١ إذا لم يؤد المكاتب عجزه السيد
- ٥٢٢ فأما إن حل نجم واحد فعجز عن أدائه
- ٥٢٣ وإذا حل النجم وماله حاضر عنده
- ٥٢٤ وإذا حل النجم والمكاتب غائب
- ٥٢٥ وإذا دفع العوض في الكتابة فإن مستحقا
- ٥٢٥ ما قبض من نجوم كتابته استقبل به حولا

- ٥٢٦ حكم ما لو جنى المكاتب جنابة ٥٢٧ واذا جنى المكاتب جنابات
- ٥٢٨ فإن جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس
- ٥٢٩ وان اجتمع على المكاتب أرش جنابة وثمن مبيع أو عوض إلخ
- ٥٣٠ فإن ملك المكاتب ابنه ٥٣١ فإن جنى بعض عبيد المكاتب على بعض
- ٥٣٢ واذا جنى على المكاتب فيما دون النفس
- ٥٣٣ واذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش وجنابات
- ٥٣٤ واذا كاتبه ثم دبره إلخ
- ٥٣٥ إذا قال لمكاتبه متى عجزت بعد موتى فأنت حر
- ٥٣٥ واذا كاتب عبدا في صحته ثم أعتقه في مرض موته
- ٥٣٧ واذا ادعى المكاتب وفاة كتابته
- ٥٣٧ فإن أنكر السيد ولم يكن للعبد شاهد ٥٣٨ لا يكفر المكاتب بغير الصوم
- ٥٣٩ ولد المكاتب المولودون في الكتابة يعتقدون بعقدها
- ٥٤٢ في جواز بيع المكاتب ٥٤٤ الكتابة لا تنسخ بالبيع
- ٥٤٥ بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه لا يصح
- واذا كانت المكاتب ذات ولد يتبعها فباعهما معا
- ٥٤٦ وان وصى بالمكاتب لرجل
- ٥٤٧ وان وصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته لآخر . في صحة الوصية المكاتب
- واذا اشترى المكاتب أباه أو ذا رحمه
- ٥٤٩ اذا اشترى المكاتب ذا رحمه فكسبهم له
- ٥٥٠ وان وهب للمكاتب بعض ذوى رحمه
- ٥٥١ واذا كان العبد ثلاثة فقال بيعوني نفسي إلخ
- ٥٥٢ واذا كان العبد بين شريكين فكاتباه على مائة فادعى دفعها
- ٥٥٤ فإن ادعى العبد أنه دفع المائة الى أحدهما
- ٥٥٥ وان اعترف المدعى بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب
- ٥٥٦ واذا قال السيد كاتبك على ألفين وقال العبد على ألف
- ٥٥٧ وان اختلفا في أداء النجوم . وان كاتب عبيد واستوفى من أحدهما

- ٥٥٨ إذا كان للمكاتب أولاد من معتق آخر غير سيده
 وإذا أعتق الأمة أو كاتبها وشرط ما في بطنها
- ٥٥٩ في تعجيل المكاتب بعض كتابته لسيده
- ٥٦٠ فإن اتفقا على الزيادة في الأجل والدين
- ٥٦١ فإن صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه
- ٥٦٢ وإذا كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما إلخ
- ٥٦٣ أن المعتق معسراً لم يسر عتقه
- ٥٦٤ وإذا عجز المكاتب ورد في الرق إلخ
- ٥٦٥ موت المكاتب قبل الأداء كمعجزه
- وإذا اشترى المكاتبان كل واحد منهما الآخر إلخ
- ٥٦٦ وإذا كاتب عبيداً له صفقة واحدة
- ٥٦٨ فإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه
- ٥٦٩ وإذا شرط في كتابته أن يوالى من شاء
- ٥٧٠ وإن شرط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته
- ٥٧١ وإن شرط عليه خدمة معلومة
- وإذا أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأخرجه إلى سيده إلخ
- ٥٧٤ أحكام الكتابة الفاسدة
- ٥٧٧ (كتاب عتق أمهات الأولاد)
- ٥٧٨ فإذا وطئ الرجل أمته فأتت بولد بعد وطئه بستة شهور
- ٥٨٠ وإن اعترف بوطئ أمته في الدبر أو دون الفرج
- أحكام أمهات الأولاد وأحكام الإمام إلخ
- ٥٨٣ في قول من أجاز بيع أم الولد . وإذا أصاب الأمة وهي ملك غيره
 بنكاح فحملت منه ثم ملكها حاملاً إلخ
- ٥٨٥ فيمن اشترى جارية حاملاً من غيره فوطئها
- وإذا وطئ الرجل جارية ولده
- ٥٨٧ فإذا وطئ الولد جاريته ثم وطئها أبوه فأولدها

- ٥٨٨ وان زوج أمته ثم وطنها . واذا علقته منه بحر في ملكه الخ
 ٥٩٠ فإذا مات صارت حرة وان لم يملك غيرها
 ٥٩١ ولا فرق بين المسلمة والكافرة الخ واذا صارت أم ولد ثم ولدت من غيره
 ٥٩٢ اذا أسلمت أم ولد النصراني منع من وطنها
 ٥٩٤ واذا عتقت أم الولد بموت سيدها فما كان في يدها فهو لورثة سيدها
 فيما لو أوصى لها بما في يدها
 ٥٩٥ واذا مات عن أم ولده فعدها حيضة
 واذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها
 ٥٩٦ فإن عادت فجنت
 ٥٩٧ ووصية الرجل لأم ولده واليها جائزة
 للرجل تزويج أم ولده وان كرهت
 ٥٩٨ لا حد على من قذف أم الولد . وان وصلت مكشوفة الرأس كره الخ
 حكم ما لو قتلت أم الولد سيدها

(تم الفهرس والله الحمد)

فتح البيان

تفسير سلفي أثرى خال من الإسرائيليات
 للسلامة صديق حسن خان

نشر الشيخ عبد المحي على محفوظ تفسير الجزأين (عم وتبارك) من هذا
 التفسير الجامع على ورق أبيض صقيل ، وطبع جميل ، وثمنه ٨٠ قرشا صاغا
 ويطلب من مطبعة الامام (١٢ شارع محمد كريم بالقلعة بمصر)
 كما عزم على نشر هذا التفسير بتمامه في عشرة أجزاء بنفس الورق والطبع .
 وأصدر منه الجزء الأول والثاني وقريبا يصدر الثالث ان شاء الله .

